

879309

72

**UNIVERSIDAD
LASALLISTA BENAVENTE**

FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO

CLAVE 879309

**"EL ABORTO EUGENESICO COMO EXCUSA
ABSOLUTORIA"**

TESIS

PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

CARLOS RICARDO TREJO SÁNCHEZ

ASESOR DE TESIS:

LIC. FRANCISCO GUTIERREZ NEGRETE

CELAYA, GTO.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la
UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el
contenido de mi trabajo recepción:

NOMBRE: Carlos Ricardo

Trejo Sánchez

FECHA: 8-ENE-2007

P.A. BARRERA

DICIEMBRE 2003

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A



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.

PAGINACION

DISCONTINUA

**TESIS
CON
FALLA DE
ORIGEN**

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO PRIMERO 1

DERECHO PENAL

1.1. DEFINICIÓN DEL DERECHO PENAL.....	1
1.2. PARTES QUE CONSTITUYEN EL ESTUDIO DEL DERECHO PENAL	4
1.3. TEORIA DEL DELITO	6
1.3.1. CONDUCTA	9
1.3.1.1. CLASES DE CONDUCTA	10
1.3.1.2. ELEMENTOS DE LA ACCION Y DE LA OMISIÓN	11
1.3.1.2. ELEMENTOS DE LA ACCION Y DE LA OMISIÓN	12
1.3.3. ANTIJURIDICIDAD	20
1.3.3.1. CONSENTIMIENTO VALIDO DEL SUJETO PASIVO.....	23
1.3.3.2. LA LEGITIMA DEFENSA	24
1.3.3.3. EL ESTADO DE NECESIDAD	26
1.4. IMPUTABILIDAD	29
1.5. CULPABILIDAD	33
1.6. PUNIBILIDAD	40

B

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO SEGUNDO

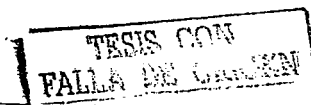
DIFERENTES TENDENCIAS DEL DERECHO

2.1 ¿QUÉ ES EL DERECHO?.....	45
2.2. DERECHO NATURAL.....	48
2.2.1 CONCEPCION DEL DERECHO NATURAL	48
2.2.2. LOS VALORES Y EL DERECHO NATURAL	49
2.3. DERECHO POSITIVO	51
2.3.1 CONCEPCION DE DERECHO POSITIVO	51
2.3.2. CONCEPTO DEL DERECHO FORMALMENTE VALIDO...55	55
2.3.3. DERECHO POSITIVO COMO DISCIPLINA TEORICA.....55	55
2.3.4. EL POSITIVISMO JURÍDICO.....56	56
2.3.4.1. POSITIVISMO FORMAL	56
2.3.4.2. POSITIVISMO REAL	56
2.4. LOS DERECHOS HUMANOS	57
2.4.1. ANTECEDENTES DE LOS DERECHOS HUMANOS	57
2.4.2. ¿QUÉ SON LOS DERECHOS HUMANOS?	59
2.4.4. LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS	61
2.5. SITUACION ACTUAL DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS... 63	63
2.6. EL DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA	64

CAPITULO TERCERO

EL ABORTO EN LA MEDICINA Y EN EL DERECHO

3.1 EL ABORTO EN LA MEDICINA	67
3.2. DIVERSOS TIPOS DE ABORTOS	68
3.2.1 ABORTO ESPONTÁNEO	68
3.2.2. ABORTO INEVITABLE	69
3.2.3. ABORTO INCOMPLETO	70



3.2.4. ABORTO COMPLETO	71
3.2.5. ABORTO TOTAL	71
3.2.6. ABORTO FALLIDO	72
3.2.7. ABORTO ILEGAL	72
3.2.8. ABORTO HABITUAL	72
3.2.9. ABORTO ELECTIVO	73
3.2.10. ABORTO SÉPTICO	73
3.3. EL ABORTO EN EL DERECHO	74
3.3.1. DESARROLLO HISTÓRICO DE LA LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA.....	74
3.4. CONCEPTO DE ABORTO	79
3.5. TIPO PENAL DE ABORTO	80
3.5.1. ABORTO PROVOCADO	82
3.5.2. ABORTO CONSENTIDO.....	83
3.5.3. ABORTO SUFRIDO.....	83
3.5.4. ABORTO HONORIS CAUSA	83
3.6. RIESGOS EN EL ABORTO	85
3.6.1. SEÑALES DE PELIGRO	88
3.7. MALFORMACIONES CONGENITAS	89
3.7.1. DIAGNOSTICO PRENATAL.....	91
3.7.2. MALFORMACIONES CONGENITAS.....	92
3.7.2.1. ANENCEFALIA.....	92
3.7.2.2. HOLOPROSENCEFALIA	93
3.7.2.3. HIDROCEFALIA	95
3.7.2.4. AGENESIA RENAL	96
3.7.2.5. TRISOMIA 13	97
3.7.2.6. TRISOMIA 18	98
3.7.2.7. PTERIGIUM MULTIPLE MORTAL	100
3.7.2.8. MECUEL-GRUBER	100
3.7.2.9. NEW-LAXOUA	101

TERMS COPY
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO CUARTO

EL ABORTO EUGENESICO

4.1. EL ABORTO EUGENESICO EN EL INTERIOR DE LA REPUBLICA MEXICANA.	102
4.2. TIPO PENAL DE ABORTO.....	111
4.3. DIAGNOSTICO PRENATAL.....	114
4.3.1 AMNIOCENTESIS	116
4.3.2. BIOPSIA DE VELLOSIDADES CORIALES	118
4.3.3. BIOPSIA CORION	118
4.3.4. FETOSCOPIA	119
4.3.5. ULTRASONIDO	120
4.3.6. RESONANCIA MAGNETICA Y TOMOGRAFIA.....	121
4.4. MALFORMACIONES CONGÉNITAS QUIRÚRGICAS NEONATALES URGENTES.....	122
4.5. INTERVENCIONES PROGRAMADAS DEL NIÑO (Mas frecuentes)	123

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

7

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

INTRODUCCION

El derecho es un ordenamiento jurídico que une todas las normas que pueden ser de índole constitucional, administrativo, penal, consuetudinario, etc, cada rama persigue fines distintos.

En este universo y específicamente para nuestro estudio, el derecho penal es el que se aplica para la protección de bienes jurídicos, cuyos fines son la prevención general de conductas delictivas y el mantenimiento o preservación de la paz social

El estudio del presente trabajo trata del aborto eugenésico como excusa absolutoria, la penalidad del aborto -que sin duda en tiempos pasados muchos creyeron con sinceridad una solución- no es una auténtica respuesta jurídica a un problema social, puesto que se requieren reformas semejantes a las practicadas en la mayoría de los países del mundo.

En el mundo entero la liberación de las leyes del aborto ha conocido una tendencia irreversible desde los años cincuenta, cuando las naciones comenzaron a admitir el aborto por voluntad de las mujeres. En los años sesenta y

f

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

setenta el resto de los países industrializados revisaron sus legislaciones y admitieron o más causales que lo permiten, o bien liberaron por completo su legislación respectiva.

Esta tendencia obedece al convencimiento de que la prohibición causa más problemas que los que resuelve, y a que, lejos de respetarse, con la penalización se vulneran los derechos humanos de las mujeres. La prohibición conduce a los problemas de salud pública y de justicia social antes mencionados, y a retrasar el desarrollo democrático en la medida en que se aleja la igualdad jurídica de las ciudadanas y los ciudadanos, y se impide que la opinión pública respecto a cuestiones de conciencia se transforme en leyes.

En México una base mínima de solución comprende una acción jurídica: la integración al código penal, el aborto eugenésico como excusa absolutoria, para que de una u otra forma se le garantice a todos los ciudadanos la opción de provocarse un aborto en caso de que el producto tenga alguna malformación congénita grave, donde a sabiendas que el producto no se podrá lograr o que después de que nazca, muera en el periodo neonatal inmediato, es por ello que además de mantener en cuanta la salud de la mujer, no se le prohíba tener un producto hasta que éste muera para entonces intervenirla; no debe

G

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

olvidarse que otra parte de la solución podría ser el establecimiento de una verdadera educación sexual y un mayor acceso a prácticas anticonceptivas en el nivel nacional que faciliten a todas las personas la responsabilidad reproductiva necesaria para prevenir futuros abortos, y sobre todo aquellos que se presentan con malformaciones congénitas, donde la causa en muchas de las ocasiones las pareja ignora el motivo.

Por lo que toca al código penal del Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, la normatividad que rige al tipo penal de aborto ha permanecido inalterada o sin reforma alguna desde la promulgación de tal ordenamiento en 1931, y de igual forma nos encontramos en el tipo penal de aborto del Estado, por tal motivo, las mujeres residentes de nuestro Estado no se han beneficiado de las tendencias liberales y consientes del tipo penal de aborto que en otros Estados de nuestro país ya cuentan, tal es el caso que los Estados de Coahuila, Colima, Chiapas, Durango, Guerrero, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, Veracruz y Yucatán, tienen reconocido al aborto eugenésico como una excusa absoluta.

El mejoramiento de la situación jurídica de las mujeres de varios estados, incluyendo el nuestro, es

tt

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

imperativo en una sociedad como la mexicana, ya que el trato igualitario es un presupuesto de la instauración de una verdadera democracia. La variación de los códigos penales estatales en la materia origina la discriminación entre las ciudadanas mexicanas: algunas pueden abortar legalmente por razones de riesgo a la salud y causas eugenésicas y económicas, mientras que otras lo tienen prohibido. Los ciudadanos del estado merecen el mismo derecho que otro ciudadanos ya cuentan desde ya varios años.

Pero el caso es que en nuestro estado una mujer no puede abortar cuando su producto tenga alguna malformación congénita, malformaciones que pueden ser adquiridas por herencia originada en los genes de los padres, las perturbaciones sufridas por el embrión durante su desarrollo intrauterino y las anomalías cromosómicas debidas a accidentes en el tiempo de la fecundación. La indicación suele basarse en rubéola o poliomielitis de la mujer embarazada, radiación con rayos X, consumo de determinadas drogas, etcétera, pero debemos tomar en cuenta que esta situación pone en peligro tanto la vida de la mujer como su salud física y moral, de tal manera que debemos dejar a la voluntad de los padres la decisión de provocarse un aborto, claro esta, siempre y cuando dos médicos especialista determinen que efectivamente existe la

—
+

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

presencia de una malformación congénita grave en el producto, mismo que no se podrá lograr y que en el caso de que se logre muera en el primer periodo neonatal inmediato, por tener malformaciones congénitas graves.

J

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO PRIMERO

DERECHO PENAL

1.1. DEFINICIÓN DEL DERECHO PENAL

El Derecho penal se aplica para designar el conjunto de normas penales. Esta rama jurídica del derecho penal trata de los delitos, penas y medidas de seguridad, pero no siempre se la ha conocido así, también se le llegó a denominar derecho criminal, derecho a la lucha en contra del crimen, derecho restaurador o sancionador, derecho de la defensa social.

Existen varias definiciones de derecho penal, cada una con un sello característico desde el punto de vista muy particular, los diferentes escritores distinguen principalmente dos grupos, sin pretender formular una clasificación, hay definiciones subjetivas y definiciones objetivas: las definiciones subjetivas aluden al fundamento del derecho de castigar, es el *ius puniendi*, el estado tiene la facultad de aplicar las penas. Las definiciones objetivas consisten en el conjunto de normas jurídicas establecidas por el estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellas son sancionadas, de

estas dos corrientes se desprende claramente que las dos características propias son el delito y la pena.

A continuación se hace referencia de algunas definiciones de diversos tratadistas acerca del derecho penal.

MEZGER.- El lo define como al conjunto de normas jurídicas que regula el ejercicio del poder punitivo del Estado conectado al delito como presupuesto y la pena como consecuencia jurídica.¹

IGNACIO VILLALOBOS.- Dice que es la rama del derecho público interno cuyas disposiciones se encaminan a mantener el orden social reprimiendo los delitos por medio de las penas.²

FERNANDO CASTELLANOS.- Define al derecho penal como la rama del derecho público interno relativo a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad que tienen por objetivo inmediato la creación y conservación del orden social.³

¹ JIMÉNEZ DE ASUA "La Ley y el Delito, Segunda ed. Ed. Porrúa, p. 206.

² VILLALOBOS IGNACIO, "Derecho Penal Mexicano", Segunda ed. Ed. Porrúa, p.15.

³ FERNANDO CASTELLANOS, "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", Trigésima Tercera ed. Ed. Porrúa, p.22.

CUELLO CALON.- Decía que el derecho penal es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellos son sancionados.⁴

VON LISZT.- Define al derecho penal como el sistema de normas establecidas por el Estado, que asocia al crimen como hecho y la pena como legítima consecuencia.⁵

FRANCISCO PAVON VASCONCELOS.- Decía que el derecho penal es el conjunto de normas jurídicas del derecho público interno que define los delitos y señala las penas y medidas de seguridad aplicables para lograr una pertenencia del orden social.⁶

De las diversas definiciones que exponen los tratadista mencionados IGNACIO VILLALOBOS hace referencia a ley penal al contemplarla como rama del derecho público interno, cuya disposición van encaminadas a mantener el orden social reprimiendo a los delitos por medio de las penas, de esta definición se desprende lo que son los elementos clásicos, que son el delito y la pena,

⁴ Ibidem p. 21

⁵ Idem.

⁶ PAVON VASCONCELOS, "Manual de Derecho Penal Mexicano", Décima Segunda Edición, Editorial Porrúa, p.11

además encontramos otro elemento importante como derecho público interno.

El derecho público lo debemos de entender como el conjunto de normas que rige las relaciones entre el Estado como soberano y el particular gobernado, mientras que el derecho privado lo debemos entender como el conjunto de normas que regula las relaciones entre los particulares gobernados.

El derecho penal es una rama del derecho público porque al cometerse un delito, la relación se forma entre el presunto delincuente y el Estado como soberano con su ius puniendi y en consecuencia las normas que regulan las relaciones en donde aparece el Estado, formando parte integrante de dicha relación de derecho público, entonces podemos afirmar que el derecho penal es una rama del derecho público y que esta dirigido a todos aquellos que se encuentran dentro del territorio mexicano, sean nacionales o extranjeros, por lo que podemos llamar derecho público interno.

1.2. PARTES QUE CONSTITUYEN EL ESTUDIO DEL DERECHO PENAL

El derecho penal se integra con normas relativas a los delitos, a las penas y a las medidas de

seguridad, de ahí que se desprenda la denominación de derecho penal sustantivo o material; para EUSEBIO GOMEZ, el derecho penal sustantivo concreta la noción del delito y determina sus consecuencias.

Para que no se aplique de manera arbitraria o caprichosa el derecho penal sustantivo existe una forma sistemática y ordenada que tiene como objetivo señalar el camino a seguir en la imposición del derecho material o sustantivo, adquiere el nombre de derecho adjetivo o instrumental el cual lo podemos conocer como el conjunto de normas relativas a la forma de aplicación de las reglas penales a casos particulares, por lo tanto el derecho penal adjetivo se identifica con el procedimiento que es el conjunto de normas que regulan al proceso, mientras que proceso es un conjunto de actos ordenados entre sí con una finalidad que es aplicar la norma general al caso concreto, como se aprecia el derecho penal sustantivo es el Código Penal y el derecho adjetivo es el Código de procedimientos penales.

Las partes que integran el derecho penal para su estudio consiste en una diversidad de temas y que los tratadistas coinciden en señalar dos partes, la primera llamada parte general y la segunda llamada parte especial,

cada una de ellas con un estudio sistematizado de los temas integrantes que le corresponden.

En el estudio de la parte general tenemos a la:

- Introducción
- Teoría de la ley penal
- Teoría del delito
- Teoría de la pena y medidas de seguridad.

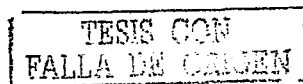
En el estudio de la parte especial tenemos a:

- Los tipos penales referentes a los delitos establecidos en la ley penal.⁷

1.3. TEORIA DEL DELITO

Como hemos visto en la parte especial del Derecho penal encontramos a la teoría del delito, misma que estudia los elementos comunes y generales a todos los delitos.

⁷ SUPRA (3), p.19



Etimológicamente la palabra delito deriva del verbo latino “delinquere” que significa apartarse del buen camino, abandonar, alejare del sendero señalado por la ley.

VON LISZT lo define como la acción antijurídica y culpable.

BELING con su teoría del tipo agrega un elemento más a la definición de Liszt y ese elemento es precisamente la tipicidad por lo tanto para Beling define al delito como Acción típica, antijurídica y culpable.⁸

MAYER sigue la definición de Beling definiendo al delito como Acción Típica, antijurídica y culpable y el mérito de Mayer consiste en que empieza a relacionar la tipicidad de los juicios de valor de la antijuricidad dándole a la primera un carácter indiciario de la segunda apareciendo así la ratio cognosendi de la antijuridicidad.⁹

MEZGER elaborada una definición jurídica al expresar que el delito es la acción típicamente, antijurídica y culpable es la ratio esendi de la antijuridicidad.¹⁰

⁸ FRANCO Y GUZMÁN RICARDO, “Delito e Injusto, Formación del Concepto de Antijuridicidad”, Novena ed. Ed. Porrúa, p.17.

⁹ Supra (3), 158-159.

¹⁰ MEZGER EDMUNDO, “Tratado de Derecho Penal”, Décima Primera ed. Ed. Porrúa, P.155.

El Código Penal para el Distrito Federal en el artículo 7 lo define como “Delito el acto u omisión que sanciona las leyes penales”.¹¹

Mientras que nuestra legislación, lo define como “Conducta típicamente antijurídica imputable culpable y punible”;¹² definición establecida en el artículo 11 del Código penal para el Estado de Guanajuato.

La definición dogmática del delito contiene elementos objetivos que son la conducta, tipicidad y antijuridicidad, así como los elementos subjetivos dentro de los cuales encontramos a la imputabilidad y culpabilidad, existiendo discusión dogmática con relación a la punibilidad pues hay autores que la consideran como un elemento esencial del delito y otros la consideran como la consecuencia del delito por ser el señalamiento de una pena.

Los aspectos positivos y negativos del delito son:

I.- Conducta

Falta de Conducta

¹¹ CODIGO PENAL FEDERAL, Primera ed. Ed. Delma, p. 2.

¹² CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO, Segunda Edición, Editorial Cajica, p.17

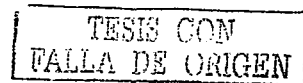
- II.- Tipicidad** **Atipicidad**
- III.- Antijuridicidad** **Causas de justificación**
- IV.- Imputabilidad** **Inimputabilidad**
- V.- Culpabilidad** **Inculpabilidad**
- VI.- Punibilidad** **Excusas absolutorias**

1.3.1. CONDUCTA

Fernando Castellanos la define como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito, en tanto que para Liszt este elemento objetivo lo denominaba acción se de traducía como el movimiento corporal voluntario, positivo o negativo desencadenante del proceso causal que modifica el mundo exterior.¹³

Tomando en cuenta la definición de FERNANDO CASTELLANOS y como la define Liszt, la conducta o acción tiene un factor en común que es la voluntad, para que exista el elemento objetivo del delito es necesario que tanto el comportamiento o movimiento

¹³ SUPRA (3), p.13.



corporal del agente o del sujeto activo obedezca siempre a una manifestación de la voluntad, solamente así podemos hablar de conducta o acción;

1.3.1.1. CLASES DE CONDUCTA

La conducta puede realizarse por acción o por omisión, esta última a su vez se subdivide en omisión simple y comisión; la acción es el movimiento voluntario del organismo humano con la capacidad de modificar el mundo exterior. Según Cuello Calón, la acción, en sentido estricto, es el movimiento corporal voluntario en caminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca la modificación, mientras que la omisión radica en abstenerse de obrar, en un no hacer, en dejar de hacer lo que se debe ejecutar, esta es una forma negativa de la acción, también es considerada como una inactividad voluntaria cuando la ley penal impone un deber de ejecutar un hecho determinado, por lo que en los delitos por acción se infringe una ley prohibitiva y en los casos de omisión una dispositiva.

Dentro de la omisión debemos distinguir la omisión simple u omisión propia de la comisión por omisión u omisión impropia; la omisión simple consiste en un no

hacer, voluntario o culposo, violador una norma preceptiva, produciendo un resultado típico. En la comisión por omisión existe una doble violación de deberes, de obrar y de abstenerse, y por ello se infringen dos normas: una perceptiva y la otra prohibitiva, es por ello que existe el delito de comisión por omisión (cuando se produce un resultado típico y material) por un no hacer voluntario o culposo violando una norma preceptiva o una norma prohibitiva.¹⁴

En omisión simple solo se viola la norma que ordena, porque el agente no hace lo mandado; en la comisión por omisión se infringen dos normas: la dispositiva y la prohibitiva. La omisión propia solo se refiere al resultado jurídico y la impropia uno jurídico y otro material. En este sentido en omisión o comisión deberemos tener la presencia de un sujeto, de una persona que manifiesta su voluntad para poder afirmarse un nexo entre la voluntad y la acción o la omisión según corresponda.

1.3.1.2. ELEMENTOS DE LA ACCION Y DE LA OMISIÓN

Porte Petit considera como elementos de la acción una manifestación de voluntad, un resultado y un nexo o relación de causalidad, lo mismo afirma Jiménez de

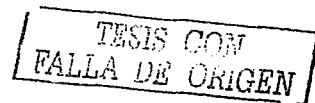
¹⁴ SUPRA (3), p.152.

Asúa, mientras que Mezger considera que sus elementos son un querer del agente, un hacer del agente o una relación de casualidad entre el querer y el hacer; en tanto que como elementos de la omisión tenemos la voluntad y la inactividad.

Por lo que respecta al aspecto negativo que representa a la falta de conducta y que naturalmente no es la omisión; la falta de conducta se refiere a los casos en que habiendo un movimiento corporal esta no obedecen a la voluntad, o sea que no hubo voluntad y por lo tanto hay un impedimento para la formación de la figura delictiva. Nuestro Código penal del Estado de Guanajuato en su Artículo 16 establece que no existe conducta cuando se viola la ley penal por fuerza física irresistible, impedimento físico, fuerza mayor o en cualquier otro caso en que haya ausencia de voluntad del agente. Por lo tanto faltando la voluntad se anula o se destruye el elemento objetivo del delito como lo es la conducta y consecuentemente no puede haber delito.

1.3.2 TIPICIDAD

FERNANDO CASTELLANOS define a la Tipicidad como el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del



comportamiento con el descrito en abstracto por el legislador, PORTE PETIT decía que la Tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, mientras que BELING considera al tipo como la descripción de la conducta en abstracto que puede considerarse como delito, posteriormente Mayer asegura que la tipicidad no es meramente descriptiva, sino indiciaria antijuridicidad, por lo tanto no toda conducta típica es antijurídica, pero si toda conducta típica es indiciaria de la antijurisdicción; Mezger decía que el tipo no es simple descripción de una conducta antijurídica, sino la ratio essendi de la antijuridicidad, este autor afirma que el que actúa típicamente también actúa antijurídicamente por lo que la tipicidad es la razón de ser de la antijuridicidad.¹⁵

Así mismo es necesario mencionar que la tipicidad representar un juicio de valor, juicio en el cual vamos a valorar la conducta que se da en la realidad para determinar si reúne o no los elementos del tipo penal, por lo tanto si la conducta desplegada encaja dentro de algunos de los tipos de delitos descritos o establecidos por la ley penal, existen grandes probabilidades de que sea penalmente antijurídico, pues en su realización pueden concurrir causas que excluyan la antijuridicidad.

¹⁵ SUPRA (3), p. 153

La importancia de la tipicidad es fundamental, ya que si no hay una adecuación de la conducta al tipo penal podemos afirmar que no hay delito, además no debemos confundir tipicidad con tipo; la primera se refiere a la conducta, y el segundo pertenece a la ley, a la descripción en abstracto de la conducta que se considera delito, en consecuencia por falta de tipo o ausencia de tipo se entiende cuando el legislador no describe una conducta que según el sentir general debería ser incluida en el catálogo de los delitos. Por atipicidad se entiende cuando la conducta no encuadra en el tipo penal.

El tipo penal tienen elementos objetivos y elementos subjetivo que deben acreditarse para que exista tipicidad y así poder encuadrar la conducta, estos son:

1.- CONDUCTA.- Definida como el movimiento corporal voluntario positivo o negativo desencadenante del proceso causal que modifica el mundo exterior.

2.- RESULTADO.- Es la modificación del mundo exterior.

3.- NEXO CAUSAL.- Es el vinculo que une a la conducta con el resultado, en una relación de causa efecto.

4.- ESPECIALES FORMAS DE EJECUCION.- Esta referida a los medios comisivos de los caminos o vías exigidas por el tipo penal para obtener un resultado, por ejemplo: la violación por lo que respecta al uso de la fuerza fisica o moral para obtener la cópula.

5.- MODALIDADES DEL LUGAR, TIEMPO Y OCASIÓN.- Son referidos a que algunos tipos penales exigen que la conducta tiene que realizarse en un lugar determinado, por el ejemplo: el asalto en el que se requiere en que la conducta se realice en un paraje solitario o despoblado

Por lo que respecta a la mortalidad de tiempo la conducta tiene que desarrollarse en un tiempo determinado, el ejemplo característico lo tenemos en el infanticidio, en el cual la conducta debe de desarrollarse en el momento del nacimiento o dentro de las 72 hrs. Siguintes. En cuanto a lo referente a la modalidad de ocasión, el ejemplo lo tenemos establecidos en la agravante del homicidio calificado que es la alevosía, consiste en sorprender dolosamente a alguien anulado sus defensas.

6.- Sujetos, pueden ser de dos clases: activo y pasivo.

Sólo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal, corresponde al hombre porque él puede ser sujeto activo de las infracciones penales, mientras que el sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma, y el ofendido es la persona que reside el daño causado por la infracción penal, puede existir coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero también puede existir el caso en que se traten de personas diferentes como en el delito de homicidio, donde el sujeto pasivo o víctima es el individuo que ha sido privado de la vida, mientras que los ofendidos son los familiares del occiso.

En el sujeto activo es necesariamente tener en cuenta dos circunstancias que son: la calidad y el número, en algunos casos requiere de que el sujeto activo tenga una calidad por ejemplo: la calidad de ser padre, la calidad de ser madre, la calidad de ser trabajador del Estado, de tal manera que si el sujeto no reúne de esta calidad que el tipo requiere no se tipificara el tipo penal correspondiente, podrá tipificarse otro pero no el que requiere dicha calidad, así por ejemplo el peculado podrá

ser tipificado por un trabajador del Estado; el homicidio en relación de parentesco solo podrá ser tipificado por el padre, por la madre, el hijo, por el marido por el hermano, el cónyuge, por la concubina o concubinario, adoptante o adoptado.

Respecto al número debemos decir que por lo regular los tipos penales al estar redactados en singular solo requiere de un solo sujeto activo y en pocas ocasiones requieren de pluralidad de sujetos como en la asociación delictuosa o en el adulterio que se requiere dos o más sujetos activos, de tal manera que si no existe esta pluralidad de sujetos no se tipificara el tipo que así lo requiera, en los casos cuando el tipo penal se encuentra redactados en singular y en la realidad intervienen en el delito alguna pluralidad de sujetos que el tipo no requiere, se podría pensar que en tales circunstancias se podría ver un problema de atipicidad, sin embargo no es así, sino que la propia ley a establecido figuras accesorias a los tipos penales que se relacionan con cada una de ellas, y es así como tenemos formas de aparición del delito, como son entre otras, la autoria, la instigación y la complicidad de estas dos ultimas como participación criminal.

7.- OBJETO MATERIAL.- Es la persona o cosa sobre la que recae la conducta delictuosa.¹⁶

También existen elementos subjetivos del tipo penal que fueron descubiertos por Mayer y estos son Anónimos, propósitos, fines y sabiendas, entre otros. También podemos apreciar que los tipos penales se redactan diciendo por ejemplo: "... al que con el propósito de, al que con el animo de, al que con la finalidad de, como se dijo son aspectos anímicos que el tipo penal requieren: así mismo, además de los anteriores existen otros elementos subjetivos que la doctrina les ha denominado normativos y estos se dejan a la interpretación subjetiva del Juez. Tomando en consideración por lo que ellos se entiende en la sociedad, y así tenemos, la castidad, la honestidad, la propiedad, la posesión entre otros.

Como se ha mencionado con anterioridad la definición dogmática del delito contiene elementos objetivos que son la conducta, tipicidad y antijuridicidad, así como los elementos subjetivos dentro de los cuales encontramos a la imputabilidad y culpabilidad, y que en relación a las reformas del artículo 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ya no haremos referencia de

¹⁶ MORENO MOISÉS, "Teoría del Delito", Séptima ed. Ed. Porrúa, p.16.

los elementos del tipo, sino que ahora hablaremos del cuerpo del delito. La Suprema Corte de Justicia de la nación ha definido al Cuerpo del Delito como el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal, mientras que nuestro Código de procedimientos penales en su artículo 158 segundo párrafo menciona “se entenderá por cuerpo del delito al conjunto de elementos que su integración requiera, de acuerdo a su definición legal”.¹⁷

El cuerpo del delito es un concepto procedimental perteneciente al Derecho adjetivo que para comprobar la existencia del cuerpo del delito hay que acreditar los elementos objetivos del tipo para los cuales pertenecen a la parte objetiva del Derecho Ejecutivo, pero cuando el tipo penal es anormal se requiere la comprobación de elementos subjetivos del tipo; ánimos, propósitos, fines, sabiendas, mismos que hay que acreditar para poder comprobar la existencia del cuerpo del delito; por otro lado tenemos en la parte subjetiva del Derecho Adjetivo la probable responsabilidad con la cual trataremos de demostrar la existencia de imputabilidad así como dolo y culpa para acreditar la culpabilidad. Antes de las reformas de los artículos 16 y 19 de la Constitución Política

¹⁷ escuela secundaria técnica

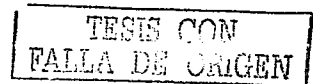
de los Estados Unidos Mexicanos se tenía que acreditar los elementos del tipo, existiendo dentro de estos requisitos tanto elementos objetivos como elementos subjetivos que el tipo penal exige; dentro de los elementos objetivos tenemos a la conducta, resultado, nexos causales, especiales formas de ejecución, modalidades de lugar, tiempo y ocasión, sujetos y objeto material; y dentro de los elementos subjetivos tenemos, ánimos, propósitos, fines y sabiendas, entre otros; todos estos dentro de los elementos objetivos del delito, conducta, tipicidad y antijuridicidad; y dentro de los elementos subjetivos, tenemos a la imputabilidad y culpabilidad.

1.3.3. ANTIJURIDICIDAD

El tercer elemento objetivo del delito es la antijuridicidad cuya palabra se compone de dos partículas: anti que quiere decir contra y jurídico que proviene del ius – iuris que quiere decir derecho, por tanto antijuridicidad desde el punto de vista etimológico quiere decir lo contrario a derecho. La antijuridicidad se ha definido doctrinalmente.¹⁸

Como la relación de contradicción entre la conducta típica y el orden jurídico, esta relación de

¹⁸ SUPRA (3), p. 177.



contradicción se considera desde el punto de vista objetivo, es decir que para considerar la existencia de la antijuridicidad se considera la conducta con su factor rector que es la voluntad como generadora de la comisión o de la omisión, pero sin tomar en cuenta en absoluto lo que el sujeto requiere o pretende con su acción u omisión.

Carlos Binding descubrió que el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien la conducta del sujeto activo se ajusta a lo previsto en la ley penal; el delincuente no viola la ley sino la norma jurídica que se encuentra incita en el tipo penal.¹⁹

Liszt hace una distinción entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material, afirma que el acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos; Cuello Calón dice que hay antijuridicidad formal cuando existe rebeldía contra la norma jurídica y habrá antijuridicidad material cuando se cause daño o perjuicio social por esa rebeldía.²⁰

El derecho penal no se limita a imponer penas: si no que señala los actos que deben reprimirse, es

¹⁹ IDEM, p. 178.

por ello que el tipo penal lleva implícitamente en sus preceptos un mandato jurídico, una prohibición y esto es lo que constituye la norma.

Habrán ausencias de antijuridicidad cuando exista una norma o causa que elimine lo antijurídico de una conducta, estas causas o circunstancias se conocen con el nombre de causas de justificación que son aquellas circunstancias que tienen la capacidad o poder de excluir la antijuridicidad por ser el aspecto negativo de ésta.

El código penal del Estado de Guanajuato, en su Artículo 33 en sus diferentes fracciones nos señala “ El hecho se justifica”:

1.- Cuando se comete con consentimiento válido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquellos de que pueden disponer lícitamente los particulares.

2.- Cuando se obrare en defensa de bienes jurídicos, propios o ajenos, contra agresión ilegítima, actual o inminente siempre que exista la necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedirla.

²⁰ SUPRA (3), p. 180.

3.- Cuando en situación de peligro para un bien jurídico, propio o ajeno, se lesione otro bien para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- Que el peligro sea actual o inminente;
- Que el titular del bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro
- Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial

No operará esta justificante en los delitos derivados del incumplimiento de sus obligaciones, cuando los responsables tengan el deber legal de afrontar el peligro.

4.- Cuando se opere en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho.²¹

1.3.3.1. CONSENTIMIENTO VALIDO DEL SUJETO PASIVO

Trata indudablemente de una manifestación de voluntad que representa la ausencia del interés del

²¹ SUPRA (12), p. 22.

sujeto pasivo, y para que tal consentimiento pueda tener efecto eximente debe ser valido, es decir que deba tener eficiencia y para ello se requiere que dicho consentimiento provenga del sujeto que verse sobre los bienes jurídicos disponibles por su titular. Es necesario señalar además, que dicho consentimiento debe observarse antes o en el momento mismo de la realización de la conducta (CARDONA ARISMENDI). Tomando en consideración que la ley no precisa la forma de consentimiento entonces podemos incluir que puede darse de manera expresa y de manera tácita fundamentándolos, por ello según lo afirma CARDONA ARISMENDI, en el principio general de derecho que establece que en donde la ley no distingue, no podemos distinguir.

1.3.3.2. LA LEGITIMA DEFENSA

La fracción II del artículo 33 del Código Penal nos habla de la legítima defensa para Jiménez de Asúa la legítima defensa es la repulsa de una agresión antijurídica actual o inminente por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios; también se puede decir que es obrar en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, contra una agresión legítima actual o inminente en la medida de la defensa

empleada para repelerla o impedirle; como se puede apreciar, por obrar debemos entender un actuar para repeler una agresión antijurídica, injusta sin derecho proveniente de un injusto agresor, dicha agresión debe ser referida en defensa de los bienes jurídicos propios o ajenos, la repulsa que debe ser ejecutada ante una agresión actual o inminente, es decir, una agresión de ataque, que se dé en un momento presente o en uno muy próximo de acontecer, porque si la repulsa no es actual o inminente, sino posterior a ella no puede revestir la forma de una legítima defensa sino que realmente sería una verdadera venganza, por eso se requiere que la agresión sea actual o inminente, y que la repulsa sea en el momento mismo de la agresión o en el momento anterior al que suceda en forma inminente, pero nunca el actuar del agredido puede ser posterior a la agresión; naturalmente que la repulsa a la agresión debe ser en la medida razonable para repelerla o impedirle ya que el exceso en la legítima defensa no constituye causa de justificación, por lo tanto el término razonable debe entenderse entre sus acepciones de lo racional, lo admisible, lo adecuado, lo prudente, lo justo para que tenga efectos de eximentes.

Como elementos de la legítima defensa, tenemos una agresión injusta y actual en peligro inminente en el daño derivado de la lesión sobre el bien jurídicamente

tutelado, y una repulsa a dicha agresión, en la medida razonable de la defensa empleada.

1.3.3.3. EL ESTADO DE NECESIDAD

Respecto al estado de necesidad, que establece la fracción III del artículo 33 del Código Penal indica una situación de peligro que también debe ser actual o inminente para un bien jurídico propio o ajeno. Situación de peligro que para evitarse es necesario lesionarse otro bien para no causar otro mal mayor, por lo tanto para que se de el estado de necesidad como causa de justificación, será necesario que se sacrificará un bien jurídico de menor valor para salvar otro de mayor valor, esto se reduce a la propia redacción de la fracción III cuando establece para evitar un mal mayor... para Liszt el estado de necesidad es un estado de situación actual para los intereses protegidos por el derecho, en la cual no queda otro remedio más que la violación de los intereses de otros jurídicamente protegidos; debiéndose consolidarse que en estos casos el bien jurídico que se lesiona no es de un injusto agresor si no por lo contrario pertenece a un inocente, y en esto radica el estado de necesidad y la legítima defensa y como ya dijimos para que el estado de necesidad se de cómo causa de justificación deberá estar supeditada a evitar un mal mayor, esto significa que el bien sacrificado debe ser de menor

valor y que el titular del bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro y que además no exista otro medio practicable y menos perjudicial..

Si el bien jurídico sacrificando es el de menor valor que el amenazando estaremos en presencia de la causa de justificación, pero si el bien lesionado es de mayor valor que el salvado se configura el delito al no darse la justificación del estado de necesidad, cuando los bienes en conflicto son de igual valor, es precisamente cuando son vidas humanas, por ejemplo: cuando el naufragio que apunto de ahogarse fuerza a su compañero de naufragio a abandonar el madero flotante que sólo puede sostener a uno de ellos; en estos casos no estaremos en presencia de una Causa de Justificación por que se está lesionando un bien de igual valor, más sin embargo la conducta de quien sacrifica un bien para salvar a otro del mismo valor, es delictuosa, más debe operar en su favor un perdón o una excusa al no exigirle otra conducta, esto solo evita el merecimiento de una pena, más no significa que el sujeto sea culpable, en consecuencia en este caso estaremos en presencia de un estado de necesidad inculpante.

La fracción IV del artículo 33 nos señala que el hecho se justifica cuando se obrare en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo en un derecho. Esta

disposición contiene dos justificantes; la primera habla del cumplimiento de un deber legal; y que esto se está refiriendo a los deberes establecidos por la ley, por lo que no se está refiriendo ni a las normas morales, ni a las normas religiosas, ni a los convencionalismos sociales que también son fuentes de deberes, sino que están referidos a deberes provenientes de la norma jurídica, solo cuando se cumple con el deber jurídico es cuando se dará esta justificante, el deber entonces debe emanar de la norma jurídica por lo que consecuentemente también el cumplimiento debe emanar de la norma jurídica y no de otra clase de normas por lo que el cumplimiento de dichos deberes jurídicos se deberán llevar a cabo en la licitud establecida por la misma ley, pues de otra manera no podemos hablar de justificante, podemos ejemplificar como el caso del verdugo que el cumplir con su deber u obligación proveniente de una norma jurídica realiza una conducta de privación de la vida, conducta indudablemente es típica solamente que amparada con una causa de justificación; otro ejemplo lo encontramos en los deportes, que el resultar lesionados no puede existir problema de incriminación, por ser las lesiones causales o deberes exclusivamente a la propia conducta del perjudicado, así mismo en aquellos deportes que se desarrollan entre dos o más personas que por medio de la habilidad física y conforme a ciertas reglas luchan

violentamente por vencer al oponente, se trata de una verdadera causa de justificación.

1.4. IMPUTABILIDAD

Hemos estado tratando lo referente a los elementos objetivos del delito, es decir, a la conducta, la tipicidad, a la antijuridicidad y con la imputabilidad nos adentraremos al estudio de los elementos subjetivos del delito que además de la imputabilidad se comprende la culpabilidad; para Carranca y Trujillo, será imputable todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana.²²

La imputabilidad es, pues, la posibilidad de ejercer las facultades de conocimiento y voluntad, y actitud intelectual y volitiva capaz de querer y entender de un sujeto tendiente a conocer la ilicitud de su acto y querer realizarlos determinándose en función de aquello que conoce. El sujeto imputable tiene capacidad intelectual y volitiva, es decir, tiene conocimiento y voluntad, que se

²² CARRANCA Y TRUJILLO, "Derecho Penal Mexicano", Décima Segunda ed. Ed. Porrúa, p.222.

traduce en entender, querer y de conocer la ilicitud del hecho y de comportarse de acuerdo con esa comprensión.

Nuestra ley considera a la imputabilidad como un elemento formador del delito no obstante la imputabilidad es formadora del elemento culpabilidad de tal manera que un sujeto para ser culpable es necesario que sea imputable.

El aspecto negativo de imputabilidad es la inimputabilidad, Jiménez de Asúa sostiene que son causas de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber; esto es, aquellas causas en las que si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el que perpetró

Nuestra legislación contempla la inimputabilidad pero en su aspecto negativo en el numeral 35 de nuestro Código Penal.

Tenemos que el sujeto es inimputable por las siguientes razones:

1.- Por causa de enfermedad mental que perturbe gravemente su conciencia, de desarrollo psíquico incompleto o retardado.

2.- Perturbación grave de la conciencia sin base patológica.

3.- Que no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y de determinar su conducta de acuerdo a esa comprensión.²³

Todas ellas dirigidas o entendidas en su presencia, en el momento mismo de la realización del hecho traduciéndose en que el sujeto no tiene la capacidad de querer o entender, ni de comprender el carácter ilícito del hecho y de determinar su conducta a esa comprensión.

Como hemos expresado la perturbación grave de la conciencia debe existir en el momento mismo de la realización del hecho, momento en el cual el sujeto para ser inimputable no puede tener la posibilidad de relacionarse con el mundo exterior. Hemos de decir que dentro de las causas de inimputabilidad que hemos señalado con anterioridad dentro de ellas caben todas aquellas causas que tienden a perturbar gravemente la

²³ SUPRA (12), p. 23.

conciencia sin que la ley nos diga cuales son específicamente, por lo tanto hemos de considerar como causa de inimputabilidad supralegales, es decir, que a pesar de que no están señaladas en la ley, cualquier causa que perturbe gravemente la conciencia genera inimputabilidad.

No obstante lo anterior debemos de hacer referencia que todo aquel sujeto que es inimputable y que deliberadamente se pone en un estado de inimputabilidad por ingerir o utilizar bebidas alcohólicas, estupefacientes, spicotrópicos o otras sustancias semejantes, a estos individuos no se les considera inimputables, solo se considera la existencia de la inimputabilidad cuando el uso o la ingestión ha sido involuntaria o por error.

La inimputabilidad es considerada en nuestro sistema como un elemento subjetivo del delito de tal manera que un inimputable podrá realizar una conducta típica y antijurídica desarrollando con ello la parte objetiva del delito, pero lo que no desarrolla es la parte subjetiva del delito, el sujeto será inimputable, en este sentido el sujeto inimputable no puede ser culpable y consecuentemente no se le podrá imponer una pena.

1.5. CULPABILIDAD

Liszt considera a la culpabilidad como la relación psicológica entre un sujeto y su resultado y entendida así contiene dos elementos: un volitivo que radica en querer la conducta y el resultado, y la otra intelectual que se traduce en el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta; la culpabilidad tiene como presupuesto a la imputabilidad, al sujeto que ha realizado una conducta típica antijurídica al que para poder aplicarle una pena es necesario por ende que sea imputable y consecuentemente que sea culpable.

La naturaleza jurídica de la culpabilidad abarca dos teorías: la psicológica y la normativista, la primera indica que la culpabilidad es la relación psicológica entre el sujeto y su resultado, por lo que el estudio de la culpabilidad requiere del análisis del psiquismo del agente, a fin de indagar en concreto cual ha sido su actitud respecto al resultado delictivo, por lo tanto para encontrar al sujeto culpable de su conducta es necesario encontrar el nexo entre el sujeto y su resultado de la especie de la culpabilidad que son el dolo y la culpa; mientras que la teoría normativista es un juicio de reproche que se le finca al sujeto, que siendo imputable tiene la probabilidad de comportarse conforme a lo que la norma le exige: la

exigibilidad sólo obliga a los imputables que puedan comportarse conforme a lo mandado. Se reprocha al agente que no ha actuado conforme a derecho, se fundamenta en la exigibilidad de una conducta. Para el psicologuismo la culpabilidad radica en el hecho psicológico causal del resultado; en el normativismo, es el juicio de reproche a una motivación del sujeto.

Nuestro Código Penal para el Estado de Guanajuato en el artículo 40 señala que la culpabilidad puede darse en forma:

- 1.- Dolosa
- 2.- Culposa o
- 3.- Preteritencional.²⁴

La comisión de un delito puede presentarse de varias formas: intencionales, no intencionales y con preteritención.

Dentro de la primera forma de culpabilidad tenemos al dolo, para Cuello Calón consiste en la voluntad consiente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso; nuestra legislación en el artículo 41

²⁴ SUPRA (12), p.24

señala que obra con dolo quien quiere la realización del hecho legalmente escrito, así como quien la acepta, previéndola a lo menos como posible.

El dolo contiene dos elementos esenciales que es el ético y el volitivo; el primero esta constituido por la conciencia de que se quebranta un deber y el segundo también conocido como psicológico en la voluntad del sujeto en realizar el acto. Algunos tratadistas establecen una clasificación de las especies dolosas en las que encontramos:

El Dolo Directo.- Este tipo de dolo consiste en el éxito que tiene el agente al coincidir el resultado con el propósito.

El Dolo Indirecto.- Este se presenta cuando el agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos.

El Dolo Eventual.- Se presenta cuando se desea un resultado delictivo, previniéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente.

El Dolo Indeterminado.- Es el último de los diferentes tipos de dolo y se da cuando existe intención

genérica de querer delinquir sin que el agente se proponga un resultado delictivo especial.²⁵

La culpa es la segunda forma de culpabilidad, Cuello Calón sostiene que existe culpa se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso previsible y penado por la ley. Nuestro Código Penal en su artículo 42 la define obra con culpa quien realiza el hecho legalmente descrito por inobservancia del cuidado que le incumbe de acuerdo con la circunstancia y sus condiciones personales y, en el caso de representárselo como posible, se conduce en la confianza de que no ocurrirá.

Por ser necesaria la conducta humana para la existencia del delito esta contiene una serie de elementos y el primero consiste en un actuar voluntario ya sea positivo o negativo; el segundo se refiere a la conducta voluntaria que se realiza sin la cautela o precauciones que son exigida por el Estado; en tercer lugar tenemos que los resultados del acto han de ser previsibles y evitables y tipificarse penalmente y por último se refiere a la relación de causalidad entre el actuar voluntario y el resultado querido.

²⁵ SUPRA (3), p.239.

La culpa a su vez también contiene dos diversas clases que son: la culpa consciente o con representación o con previsión referida a la existencia cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible pero no solamente no lo quiere, sino abriga la esperanza de que no ocurrirá; en este caso hay voluntad de la conducta y representación de la posibilidad del resultado; la segunda clase de culpa es culpa inconsciente o sin representación o sin previsión que se da cuando el sujeto no prevé el resultado, para Soler se da esta clase de culpa cuando el sujeto no previó el resultado por falta de diligencia.

Por otro lado tenemos la preteritención que es la tercera forma de culpabilidad, esta se da cuando el resultado va más allá de la voluntad de la gente; en el numeral 43 de nuestro Código Penal hace referencia a la preteritención "obra con preteritención quien causa un resultado mayor al querido o aceptado, si el mismo se produce culposamente". El delito se comete mediante dolo o culpa; pero tratándose del primero puede haber un resultado más allá del propuesto por el agente y en la segunda mayor a lo que podría preverse y evitarse, Villalobos señala que más que los delitos preteritencionales, se trata de delitos con resultados preteritencional, por sobre pasar su efecto el límite propuesto por el agente, en

Aberratio in persona

Aberratio delicti

El error es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad ante el sujeto cognoscente y el objeto conocido; es una idea falsa o equivocada respecto aun objeto.

El error de hecho invencible elimina tanto la culpa como el dolo, por lo tanto para efectos de inculpabilidad debe ser error de hecho invencible, el sujeto realiza una conducta antijurídica pensando que es jurídica, o sea, que hay desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta; y el error de hecho esencial vencible elimina el dolo pero deja subsistente la culpa.

El error de hecho accidental aberratio ictus (error en el golpe) se da cuando el resultado no es precisamente el querido, es decir, que la conducta no recae sobre el sujeto por error, pero si provoca daño a otro; aberratio in persona (error en la persona) se presenta cuando debido a una error de representación, el sujeto destina hacia una persona su conducta ilícita creyendo que es otra y aberratio delicti (error en el delito) que ocurre cuando un sujeto piensa inexactamente que realiza un acto

ilícito determinado, cuando en realidad se encuentra en el supuesto de otro.

El error de derecho, consiste cuando un sujeto en la realización de un hecho delictivo alega ignorancia o error de la ley, no habrá inculpabilidad siguiendo el principio de que la ignorancia de la ley a nadie beneficia.

Por otro lado tenemos la coacción, en este elemento, para la realización de una conducta ilícita el sujeto puede ser obligado a través de la fuerza física o moral, por lo tanto anula su libertad de obrar, nuestro Código Penal en el artículo 45 menciona “No es culpable quien obrare bajo coacción o peligro de un mal actual y grave, sea o no provocado por la acción de un tercero, cuando razonadamente no pueda exigírsele una conducta diversa”. En consecuencia estaremos en presencia de inculpabilidad, pues la voluntad del sujeto está viciada al coaccionarla, es decir, el sujeto realiza la conducta delictiva, pero no es su voluntad realizarla.

1.6. PUNIBILIDAD

La punibilidad ha sido definida de diferentes formas, se ha afirmado que es el señalamiento de una pena,

entre el mínimo y un máximo; también se ha dicho que es la pena misma, o sea, el castigo que impone el Estado al haberse cometido el delito, una vez que el sujeto ha sido declarado culpable.

Por otra parte, por punibilidad se ha entendido la calidad de la conducta merecedora de una pena, es decir, cuando una conducta reúna las características del tipo genérico consistente en la tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad y culpabilidad; reúnen la calidad para imponerse una pena. La punibilidad no debe confundirse con el acto de punir, es decir, con la punición ya que la punición consiste en la concretización de la pena.

El aspecto negativo de la punibilidad lo encontramos en las llamadas excusas absolutorias mismas que se encuentran diseminadas en el Ley Sustantiva Penal, de las cuales la conducta, típicamente, antijurídica, imputable, culpable no se le va a señalar una pena por disposición expresa de la ley.

Las excusas absolutorias son aquellas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta, impiden la aplicación de una pena. El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con una prudente política criminal.

De las que se consideran excusas absolutorias tenemos la excusa en razón de la mínima temibilidad, que establece cuando el valor de lo robado no exceda de 20 veinte salarios mínimos, sean restituidos por el infractor espontáneamente, no se impondrá sanción siempre y cuando el robo no se haya cometido con violencia.

Excusa en razón de la maternidad consciente, consistente en no castigar a aquella mujer que por imprudencia se cause un aborto, pues se considera que ella misma es víctimas al defraudarse su esperanza de maternidad.

El aborto cuando el producto es resultado de una violación, contemplada en el numeral 228 de nuestro Código Penal.²⁶

171 cuando para encubrir a un sujeto de un delito; para encubrir, ocultar al responsable de un delito, sus efectos, objetos o instrumentos o entorpezca la investigación si se trata de:

²⁶ SUPRA (12), p. 144.

- a) El cónyuge, concubino parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo grado.**
- b) Los ascendientes o descendientes consanguíneos, afines o por adopción.**
- c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto gratitud o estrecha amistad.²⁷**

164 en la evasión de reos; los ascendientes del evadido, sus descendientes, cónyuge, Concubinos, hermanos y parientes por afinidad hasta el segundo grado, a excepción de que se haya realizado la fuga con violencia o que fueren los encargados de custodiar al prófugo.²⁸

218 cuando se ocasiona la muerte o lesiones culposas ascendientes, descendientes del abuelo, cónyuge, concubina , concubinario, pariente por afinidad o civil, sin que la conducta se haya realizado en estado de ebriedad o bajo el influjo de algún estupefacientes o sustancias psicotropicas o cuando abandone injustificadamente a las víctimas.²⁹

²⁷ SUPRA (12), P. 78.

²⁸ IBIDEN, p. 73.

²⁹ Op. Cit., p. 218.

271 el robo cometido por un ascendiente
contra su descendiente, por este contra aquel o por un
cónyuge, o concubino contra el otro.³⁰

³⁰ Op. Cit. p. 283.

CAPITULO SEGUNDO

DIFERENTES TENDENCIAS DEL DERECHO

2.1 ¿QUÉ ES EL DERECHO?

Esta pregunta ha sido contestada de varias maneras y en la actualidad fundamentalmente encontramos las posiciones; IUS NATURALISTAS, y en otras más que se han llamado POSITIVISTA DEL DERECHO, la positivista tiene dos vertientes que son la visión FORMALISTA DEL DERECHO, y la otra es la visión o posición REALISTA O SOCIOLOGICA DEL DERECHO.

IUS NATURISTAS.- Atienden a los valores.

IUS POSITIVISTAS.- FORMALISTA.- Atiende a la forma de creación.

REALISTA.- Atiende a la eficacia.

Como lo podemos apreciar son tres corrientes que están hablando sobre el derecho, nada más que cada una de ellas ven algo diferente en el derecho y de esta manera tenemos; EL DERECHO COMO VALOR, EL

DERECHO COMO FORMA Y EL DERECHO COMO EFICACIA.

En virtud de lo anterior diremos que el Ius Naturalismo se refiere a los derechos que tiene el hombre por el solo hecho de ser persona, el Realismo se va al ejercicio y el formalismo a las facultades derivadas de la norma.

El Ius Naturalismo es un conjunto de doctrinas valedoras en todo tiempo y en todo lugar, mientras que el Derecho Natural es un conjunto de principios en los cuales el ser humano es titular por el simple hecho de ser persona y el Ius Positivismo es un conjunto de normas con vigencia y aplicación en un lugar y tiempo determinado.

Para el maestro García Maynez dentro de su teoría de los tres círculos establece lo que sería una concepción de derecho perfecto del Derecho Real, formado por la suma del Derecho Natural, Derecho Formal y Derecho Social o Real, mismo que según el maestro puede unirse, separarse o pueden coincidir con el Derecho Ideal, en donde las tres corrientes van unidas.

Ahora bien lo que le da sentido a lo que es el derecho es la cuestión valorativa del derecho Natural, ya que el derecho es valor y si no hay valor sencillamente no hay derecho, por lo tanto se considera al valor como algo esencial.

Desde el punto de vista Ius Naturalistas, el derecho tiene que perseguir valores, pero desde el punto de vista formal Positivista; se diría que el derecho es un instrumento y que puede no perseguir ningún valor.

Actualmente existen y persisten las tres posiciones acerca del derecho, simultáneamente y ninguna está superada y filosóficamente las tres posturas son correctas y las tres son aceptadas. Pero en si, no encontramos todavía una respuesta sobre el concepto general de lo que es el derecho, solamente podemos decir que el derecho es ese "algo" que es creado y aplicado por el hombre, para regular su vida en sociedad, y que es llamado derecho, lo mismo en Australia, que en Roma, Rusia, Indonesia, o en E.U. es ese "algo" que llamamos derecho independientemente del sistema que se aplique en ese lugar determinado y que varía de un país a otro, pero aun y a pesar de esa variación sigue siendo llamado como derecho. Pero para poder tener una concepción más clara de lo que es ese "algo" al que llamamos derecho tendremos que analizar las tres corrientes que antes citamos.

2.2. DERECHO NATURAL.

2.2.1 CONCEPCION DEL DERECHO NATURAL.

El derecho Natural ha sido producto de la reflexión de los más grandes filósofos tales como Aristóteles, Platón , Pitágoras, Heráclito, Santo Tomás, Hobbes, Kan; que han sido unos de los más grandes destacados expositores quienes vinieron y se desarrollaron en diferentes épocas, lo que dio lugar a las grandes diferencias entre dos doctrinas, en punto de referencia para comprender la esencia del derecho Natural es la siguiente reflexión: el derecho Natural distingue entre dos teorías, la teoría teológica, trata de que el derecho Natural tiene relación con la naturaleza humana, y que no es creado deliberadamente por un órgano gubernamental a quien compete crear la normatividad jurídica, para su validez.³¹

Existe la corriente que determina que el derecho Natural no ha sido creación del hombre si no que proviene de la ley divina; y la teoría Racionalista menciona que el derecho Natural proviene de la razón misma del hombre considerando que es un conjunto de principios relacionados con los valores y más que nada con el valor de la justicia que es asequible a la razón humana, por lo tanto,

³¹ ROJAS ARMANDI VICTOR MANUEL, Filosofía del Derecho, primera ed. Ed. Harla. P. 224

podemos decir que el derecho Natural es un conjunto de principios con íntima relación con los valores y que el hombre por el simple hecho de serlo goza de ellos, podemos decir que son principios que tratan de proteger al hombre en calidad de tal así como en su dignidad de ser humano.

2.2.2. LOS VALORES Y EL DERECHO NATURAL

El Derecho Natural esta constituido por un conjunto de principios en los cuales el ser humano es titular por el simple hecho de ser persona; este conjunto de principios provienen ya sea la propia divinidad según lo establece la corriente teológica, o bien, de la razón humana, según la corriente racionalista en si el derecho Natural se encuentra en íntima relación con los valores referentes a la justicia, a la equidad, al bien común, a la vida, al bien y al mal, asequibles, a la razón humana, a la moral y al dignidad humana. Como el derecho Natural se encuentra en íntima relación con el valor se hace necesario determinar lo que se entienda por valor, cuando surge valor y cuando hay valor en las cosas, y todavía más en que consiste ese valor que se le atribuye a las cosas. Para poder contestar a las interrogantes anteriores debemos mencionar que existen diferentes opiniones o tendencias de lo que es el valor y unas son: existen dos formas de conceptualizar a los valores; la primera, indica que los valores pueden ser

apreciados objetivamente o subjetivamente a saber, objetivamente estima que vale todo lo que es independientemente de la voluntad de las personas ya que idealmente quieren ser plasmados en la realidad, y la realidad es solo cuando presentan valores, son una realidad justificada.

Los valores o el valor es un ente ideológico en íntima relación con el ser y que además se concibe a través de un juicio de valor y que tiene como característica el hecho de que son universales, generales, a temporales, y que pueden interrumpir en la realidad y también que se encuentra interrelacionados, unos valores con otros, y sus respectivos soportes.

Hay valores como los morales que solo pueden darse en las personas y no en las cosas. Los valores jurídicos solo pueden darse en la colectividad; y otros como los de utilidad se darán en las cosas; los vitales referentes a la salud se dan en los seres vivos, y así podemos decir que el valor realizado en una cosa no es nada más que la virtud de comparar la realidad relativa en cosa con la idea del valor.

2.3. DERECHO POSITIVO

2.3.1 CONCEPCION DE DERECHO POSITIVO

Primeramente hay que mencionar a que el Positivismo es un conjunto de doctrinas del derecho positivo con vigencia y aplicación en un lugar y un tiempo determinado, mientras que Rafael de Piña Vara define al derecho Positivo como el conjunto de normas jurídicas que integran la legalidad establecida por el legislador, así como en aquellas que un tiempo estuvieron vigentes y que quedaron abrogadas, pasando a constituir el derecho histórico de una nación;³² Trinidad García, lo define como el conjunto de normas jurídicas vigentes, que el individuo debe observar porque su fuerza de vigencia las hace obligatorias; otra definición más menciona que la positividad es un hecho que estriba en las observaciones de cualquier precepto vigente, o no vigente; García Maynez por lo que se hace necesario de cualquier la distinción entre derecho positivo y derecho vigente.

El derecho vigente es el conjunto de proposiciones normativas válidamente existentes en una época y en un país determinado; es aquel que realmente rige en un momento determinado al grupo social que no ha

³² DE PINA VARA RAFAEL, "Diccionario de Derecho", Vigésima ed. Ed. Porrúa, p.238.

sido derogado o abrogado, es decir, que es un derecho actual.³³ De lo que podemos afirmar que no todo derecho positivo es vigente, en cambio todo el derecho vigente es positivo. Además debemos que tener un factor de suma importancia para el presente estudio siendo esta la voluntad del Estado como fuente formal del derecho positivo, en cuanto a su validez todo derecho positivo (ya sea consuetudinario, jurisprudencial, contractual, institucional, judicial, etc.), y los que se llama voluntad del Estado es un caso de ley general. De imputación normativa a saber: una serie de actos realizados por determinados individuos (legisladores, funcionarios, administrativos, tribunales de justicia, partes contratantes, etc.) no son atribuidos a dichas personas individuales si no a un sujeto ideal supuesto tras de las mismas, esto es el Estado, lo que constituye y significa la personificación total y unitaria de todas las normas jurídicas³⁴ y dicho derecho positivo constituirá al derecho vigente en la medida en que deba ser aplicada, impuesta por el Estado, es decir, por sus órganos.

Ahora para establecer una relación entre lo que es derecho positivo y la relación que guarda este con el derecho natural, podemos decir que en el mundo del ser y del deber ser existen dos formas de proposiciones: las

³³ GOMEZ GONZALEZ FERNANDO, "Nociones de Derecho Positivo Mexicano", Segunda ed. Ed. Olimpo, p. 52.

³⁴ RECASENS SICHES LUIS, "Tratado General de Filosofía del Derecho, Séptima ed. Ed. Porrúa, p 284.

enunciativas y las normativas. Las primeras son aquellas que denotan en que consiste un ser, explican los fenómenos³⁵ que acontecen en la naturaleza, tratando de determinar sus constantes, es decir, sus relaciones. Las proposiciones normativas no se refieren a la realidad de los hechos ni a la manera en que estos se desarrollan, si no por el contrario hacen mención a un deber ser, esto es establecer un comportamiento como debido.

Entonces el derecho esta integrado por posiciones normativas por lo que cuando se hace referencia al derecho positivo se alude más o menos directamente al derecho natural. Este es según el pensamiento jurídico tradicional, el derecho que debe ser es positivo simplemente, el derecho que es para nosotros en realidad es el derecho que en un momento histórico determinado y en relación con el pueblo determinado, según el criterio del legislador, no solo es, si no que también lo debe ser. ³⁶

Es decir, que el derecho positivo es un conjunto de normas o reglas de conducta que se aplican, que tienen vigencia en un lugar y tiempo determinado, naturalmente que existen corrientes que determinan que el derecho positivo necesariamente tiene que tener su base en

³⁵ IDEM.

³⁶ SUPRA (32), p. 239.

el derecho natural, pero también existen corrientes que afirman que el derecho positivo es derecho independientemente de su contenido valorativo por la sencilla razón que ha sido creado por el Estado de acuerdo con la normatividad existente para la creación del derecho, de esta manera podemos pensar que la posibilidad de la existencia de un derecho injusto, esto siempre y cuando sigamos la corriente que hemos estado hablando, de que el derecho es tal, independientemente de su contenido valorativo.

También es necesario recordar dentro de la corriente del derecho natural que se desarrolla en la Edad Media, donde el máximo exponente fue Santo Tomas de Aquino quien se la atribuyo la razón máxima de la expresión del creador y en donde gracias a la razón se tendieron fuentes de la divinidad hasta la insignificante existencia material, por lo que al hablar de derecho positivo debe pensarse necesariamente en la positividad y racionalidad como dos notas fundamentales del derecho. El derecho solo es positivo sino simultáneamente es racional; positivo porque se refiere necesariamente a una sociedad de hombres y racional o natural dado que son principios de razón práctica, los que dan validez normativa a las reglas jurídicas distinguiéndolas de las reglas impuestas por fuerza

2.3.2. CONCEPTO DEL DERECHO FORMALMENTE VALIDO

Como hemos citado anteriormente el derecho positivo no siempre es derecho vigente y en cambio el derecho vigente siempre es positivo y es en este punto donde fundamentamos la validez del derecho en su vigencia y un derecho vigente es un derecho formalmente valido y su formalidad se centra de la voluntad del Estado que en el proceso de creación de la norma jurídica por el órgano facultado para ello, de donde nace su fuerza y facultad coercitiva por parte del Estado y de sus órganos.

2.3.3. DERECHO POSITIVO COMO DISCIPLINA TEORICA

El derecho positivo constituye el tema esencial en la investigación de un grupo de especialistas conocidos como positivistas. Quienes coinciden en establecer que la naturaleza del derecho positivo y sus elementos comunes, para esto los temas dignos de importancia dentro de la teoría jurídica son aquellos en donde el derecho se concibe como producto cultural, formación para un fin, a diferencia de las concepciones, los

naturalistas que lo entienden como esencial trascendentales a la cultura y la historia.³⁷

2.3.4. EL POSITIVISMO JURIDICO

Es una teoría que se integra antes que nada por oposición al derecho natural, entendiendo que todo derecho que no posea existencia práctica y no sea empíricamente verificable, no constituye derecho positivo.

2.3.4.1. POSITIVISMO FORMAL

El derecho que no es creado de acuerdo con los procedimientos y con las facultades que otorga el Estado no constituye derecho, así es que para que exista el derecho desde el punto de vista formal positivo es necesario que la creación de las normas jurídicas provengan del Estado.

2.3.4.2. POSITIVISMO REAL

Atiende sobre todo a la eficacia de la norma, a su aplicación, si un derecho no es aplicado y obedecido por quienes tienen que haberlo hecho, entonces es letra muerta, en consecuencia no constituye derecho positivo real.

³⁷ SUPRA (31), P.256.

2.4. LOS DERECHOS HUMANOS

2.4.1. ANTECEDENTES DE LOS DERECHOS HUMANOS

En relación con los derechos humanos existen diversos instrumentos de carácter internacional empezando por la declaración de derecho de Virginia que data del año de 1774 y la otra no menos celebre, con estos dos documentos se inicia propiamente la era de los Derechos Humanos, reflejado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1857 de allí pasaron a la Carta Magna que actualmente nos rige, es por ello que nuestra legislación consagra tales principios.

En el año de 1948 fue aprobada por el voto unánime de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) salvo la abstención de 6 países del bloque soviéticos de Arabia Saudita y de Sudáfrica. Esa declaración contiene las definiciones de los principales derechos individuales y que amplía su contenido a los llamados derechos humanos de carácter económico, social y cultural.

La Declaración Universal de los derechos humanos surge como una necesidad por los efectos de la Segunda Guerra Mundial ante el peligro de que los

derechos humanos pudiesen ser afectados por un Gobierno o por un grupo de individuos.

Posteriormente por encargo de la propia organización de las Naciones Unidas fueron elaborados los pactos de Derecho Económico, Social y Culturales, Civiles y Políticos que vinieron a desarrollar el contenido de la declaración universal.

En México la Comisión Nacional de derechos humanos es creada por acuerdo Presidencial de fecha 5 de junio de 1990. Teniendo la responsabilidad de vigilar el cumplimiento de la política nacional en materia de respeto y defensa de los derechos humanos.

En 1992 se reforma la Constitución para que normara lo establecido por el Ejecutivo, así se adiciona el artículo 102 de la Constitución donde se prevé la creación, a nivel constitucional de la Comisión Nacional de derechos humanos y las Constituciones de los Estados y del Distrito Federal.

La ley de la Comisión Nacional de derechos humanos del D.F. se publica en el Diario Oficial de la Federación el día 22 de junio de 1993 y entra en vigor el día siguiente.

2.4.2. ¿QUÉ SON LOS DERECHOS HUMANOS?

Los derechos humanos son un conjunto de facultades que en cada situación y momento histórico concretan las exigencias de la dignidad humana de acuerdo con las particularidades del hombre con respecto a sus formas de ser y estar en el mundo.

Todas las personas de acuerdo con nuestra condición de seres humanos y de la forma que vivimos esa condición, es decir, según nuestro género (hombres y mujeres), edad (niño, adolescente, jóvenes, ancianos), preferencia sexual (heterosexuales, bisexuales, homosexuales), condición social (pobres, ricos, marginados), condición física y/o mental (enfermos o sanos), calidad migratoria (indocumentados, inmigrantes, refugiados), situación jurídica (testigos, acusados, ofendidos), así como permanencia, obliga a un grupo de personas (presos, consumidores de drogas, menores infractores), y debido precisamente a las circunstancias que nos hacen particulares, tenemos derecho a ser tratados como iguales por el solo hecho de ser personas humanas, especial y principalmente en condiciones, en las que somos más vulnerables.

El aspecto de los derechos humanos implica que su violación tiene lugar solo cuando se comete por un servidor público que no quiere o no sabe hacer correctamente un uso legal del poder que se le ha conferido.

Los derechos humanos constituyen las garantías individuales. Comprenden el respeto absoluto a la dignidad humana, que integridad física y moral del hombre, que obviamente tienen que ser respetados por la autoridad ya que el hombre es titular de todos ellos por la sencilla razón de ser hombre.

En consecuencia podemos afirmar que los derechos humanos tienen una íntima relación con el derecho natural y el derecho positivo; con el primero porque el hombre goza de una serie de valores y principios por el simple hecho de ser hombre y además que son principios que tratan de proteger al hombre en calidad de tal, así como en su dignidad de ser humano y en el segundo también podemos afirmar que tiene una íntima relación ya que el derecho positivo además rige en un momento histórico determinado, aunque este puede variar en el tiempo y en el espacio pero actualmente tiene el carácter de aplicación legal. Porque es un derecho vigente consagrado en nuestra constitución en el artículo 4 como una garantía de libertad en la maternidad en la que otorga el respeto a la libertad de

los padres por tener los hijos que deseen; y en la declaración de los derechos humanos en el artículo 17 estipula que los hombre y las mujeres a partir de la edad núbil tienen derecho a casarse y fundar una familia; y disfrutaran de iguales derechos en cuanto al matrimonio.

2.4.4. LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

En nuestro país se cuenta con una serie de disposiciones legales que llevan implícitos los derechos reproductores; en nuestra Constitución Política Mexicana se enuncia ya un primer acercamiento a lo que son los derechos reproductivos, en el artículo IV párrafo III dice “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el esparcimiento de sus hijos”.³⁸ Sin embargo la Ley General de la salud reglamenta al derecho a la salud y a su protección en coincidencia con el artículo 4 constitucional donde se establece como una garantía. El ejercicio de esta ley está diseñado para proteger la salud de los individuos en general sin discriminación por sexo, edad, grupo social, etc. por otro lado la Ley General de salud por su carácter de marco jurídico no contempla estrategia de aplicación y superación de la protección a la salud, a que deban apegarse instituciones, individuos y organizaciones sociales.

³⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 122ª ed. Ed. Porrúa, p8

La salud reproductiva, es el estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedad, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductor y sus funciones y procesos. Las mujeres tienen derecho a disfrutar del más alto nivel posible físico y mental; el disfrute del derecho a controlar todos los aspectos de salud es esencial para engrandecer el papel de la mujer en la sociedad y es básico para su vida, su bienestar y su capacidad de participación en todas las esferas de la vida pública y privada.

Los derechos humanos de la mujer comprenden su derecho a tener el control sobre su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, así como de decidir libremente sobre ello, sin estar expuesta a la coerción, la discriminación y la violencia. Así mismo controlar su propia fecundidad como un elemento indispensable para el disfrute de otros derechos.

El propiciar el ejercicio responsable de los derechos reproductivos debe ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva.

2.5. SITUACION ACTUAL DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

En los últimos años las propuestas por parte de las mujeres a nivel nacional e internacional ha cobrado gran fuerza la búsqueda por la democracia con equidad entre hombres y mujeres, pugnando en contra de las desigualdades; la lucha por el respeto, a la capacidad de las mujeres a decidir sobre su vida sexual y reproductiva.

En nuestro país existen tres disposiciones constitucionales plasmadas en el artículo cuarto que respaldan desde hace muchos años los derechos reproductivos. Nos referimos a la igualdad entre hombres y mujeres, al derecho de toda persona a decidir libre, responsable e informadamente sobre el número de hijos a tener, y por último el derecho a la protección a la salud.

Uno de los grandes logros que han ocurrido a través del tiempo en nuestro país es el derecho a decidir sin presión de ningún tipo, el uso de los métodos anticonceptivos, puesto que se trata de una determinación sobre el control de la fecundidad que las mujeres deben ejercer.

Para que el derecho a procrear pueda ser ejercitado se requiere que todas las mujeres, reciban una atención oportuna, accesible y de calidad en los servicios de salud, durante el embarazo y el parto. También se requiere que cuando se presente problemas de infertilidad las personas sean atendidas, sin restricciones con suficiente acceso a la tecnología reproductiva, así mismo que las mujeres se encuentran en buen estado de salud física, lo que hace necesario que reciban oportunamente tratamientos médicos en caso de alguna enfermedad, como es el cáncer de cuello del útero y mamario y otras como los del VIH- SIDA.

2.6. EL DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA

La dignidad humana debe ser respetada en todo lugar y sin importar el ordenamiento jurídico, económico y social; la dignidad de la persona debe apreciarse de acuerdo al valor de los actos humanos midiéndose esta por la finalidad que persigue. La finalidad de una persona es luchar por su virtud, por su libertad, por su paz, etc. una lucha para lograr diversas formas más elevadas de justicia y de libertad, en las que alcance su perfeccionamiento y realización como hombre en toda su plenitud e integridad.

La dignidad, es el derecho a vivir con seguridad y vernos libres de explotaciones, de malos tratos tanto físicos, como mentales, de marginaciones, etc. De la dignidad humana se desprenden todos los derechos para que pueda realizar o desarrollar su personalidad. El derecho a ser hombre es el que engloba el derecho a ser reconocido y a vivir con dignidad propia de una persona humana. Es por ello que es necesario defender esa dignidad tanto de los pobres y oprimidos, exigiendo que se elimine cuanta persona atente contra la paz humana y social.

Debemos tomar en cuenta que la dignidad de u hombre no se mide por la edad, sexo, religión, estudios, situación económica, etc. si no que esta será igual para todos los hombres, por el simple hecho de ser hombre.

Los derechos humanos representan la capacidad de dignidad que el hombre desarrolla y está es reflejada en su racionalidad , es decir, en el grado de superioridad que ostenta sobre otros seres vivos, por la razón de que gozamos de intelectualidad, como capacidad de pensar o de comprensión.

De la dignidad humana se desprenden los derechos personalisimos de los cuales gozamos ampliamente como son derecho a tener vida, a tener

nombre, a la integridad física, a la privacidad, a la salud, a la reproducción, etc. que constituyen partes formadoras del derecho natural.

CAPITULO TERCERO

EL ABORTO EN LA MEDICINA Y EN EL DERECHO

3.1 EL ABORTO EN LA MEDICINA

El término aborto para la medicina significa la expulsión de los productos de la concepción antes que el feto sea viable. Toda interrupción del embarazo antes de la vigésima octava semana se llama aborto.³⁹

Algunos médicos limitan el uso de este nombre a las primeras 12 semanas, y dan el nombre de malparto a la terminación prematura del embarazo después de haberse formado la placenta.⁴⁰

El aborto puede ocurrir en etapa temprana y confundirse con menstruación retardada; en otras ocasiones causa síntomas muy benignos y no se acude o se llama al médico. Muchos abortos se provocan ilícitamente y se ocultan por todos los medios posibles.

En consecuencia suele informarse únicamente de los abortos que causan síntomas molestos.

³⁹ DR. STEWART TAYLOR E. "Obstetricia de Beck", Novena ed. Ed. Interamericana, p. 301.

⁴⁰ IDEM

La frecuencia relativa en la práctica hospitalaria de abortos espontáneo y provocado, y la etapa en la que ocurren se presentan en un 10% de 100; la mayor parte de los abortos se presentan en las primeras ocho semanas de la gestación, y que son relativamente pocos los que ocurren después del primer trimestre. Es por ello que si el producto no se desarrolla adecuadamente y muere, actúa como cuerpo extraño dentro del útero y estimula las contracciones de la matriz en cuanto desaparece la regulación hormonal normal.

3.2. DIVERSOS TIPOS DE ABORTOS

3.2.1 ABORTO ESPONTANEO

El aborto espontáneo se caracteriza cuando una mujer tiene una edad de gestación de 6 a 20 semanas, sufre hemorragia vaginal discreta con cólico uterino leve.

En este caso no hay salida de tejido ni de líquido amniótico. En la exploración física el orificio cervical no aparece dilatado, la hemorragia proviene del conducto cervical y es autolimitado. Deben excluirse otras posibles causas de hemorragia como cuello visible, o inclusive hemorragia rectal o uretral. El útero esta blanco y doloroso,

esta situación tiene resolución espontánea en la mitad de los casos el embarazo continua.⁴¹

Cuando el embarazo llega a un punto en que la valoración ultrasonográfica puede detectar un embrión con movilidad cardiaca fetal, el pronóstico es mejor, pero todavía ocurre aborto hasta en 20% de los casos cuando ya no es posible detectar una actividad cardiaca fetal que se observa antes, se hace el diagnóstico de muerte fetal intrauterino.

Los embarazos de menos de seis semanas pueden acompañarse de cólicos y hemorragia y la ultrasonografía no puede identificar para valorar el embrión que se sale presente.

3.2.2. ABORTO INEVITABLE

Cuando empeora el dolor o la hemorragia, el pronóstico del embarazo es sombrío. Si la paciente no desechó tejido pero la dilatación cervical es de 1.5 cm ó más en ausencia de incompetencia cervical, se dice que presenta **ABORTO INEVITABLE**. Estas esferas se tratan de la misma forma que quienes sufren aborto completo y muchas veces

⁴¹ NOVAK R. EDMUNDO, SEEGAR JONES GEORGEANNA, "Tratado de Ginecología", Novena ed. Ed. Interamericana, p.624.

es difícil estar seguro de que no se desecho tejido en forma inadvertida mezclando con coágulos sanguíneos.⁴²

3.2.3. ABORTO INCOMPLETO

Las mujeres que desechan en forma espontánea residuos o productos de la concepción sufren **ABORTO INCOMPLETO**, y pueden presentar hemorragia abundante, coágulos y cólicos intensos. Cuando no se percatan del desecho de tejido, deben hacerse una inspección macroscópica y microscópica de los coágulos o el material expulsado si no es posible identificarlo con certeza desde el punto de vista microscópico y los datos histológicos constan de residuos con solo elementos pequeños, debe sospecharse un embarazo ectópico.⁴³

Este tipo de mujeres requieren un legrado uterino para asegurar la evacuación completa de los productos de la concepción, en especial si el embarazo tiene cuando menos ocho semanas.

⁴² IDEM

⁴³ IBIDEM, P. 627

3.2.4. ABORTO COMPLETO

En raras ocasiones una mujer embarazada desecha en forma espontánea todo el producto de la concepción intacto, por lo general acompañado de cólicos, hemorragias y coágulos. Si la mujer embarazada llena sus tejidos y se observa desde el punto de vista macroscópico que estos constan de placenta y feto y si la hemorragia se dio no es necesario un legrado.

Cuando los productos de la concepción se expulsan en forma inadvertida, el estudio ultrasonográfico mostrará un útero vacío. En caso de efectuar un legrado los datos histológicos pueden constar de residuos sin vellosidades, algunas veces son cambios de arias-stella en el endometrio , esto puede confundirse con un embarazo ectópico.

3.2.5. ABORTO TOTAL

Este tipo de abortos se da cuando todos los productos de una concepción son expulsados, la hemorragia es leve; los calambres uterinos son suaves.

3.2.6. ABORTO FALLIDO

El feto muere en el útero pero es retenido ahí; se observa regresión del crecimiento y cambios en los senos; cuando transcurren 6 semanas o más de la muerte fetal hasta la expulsión; se producen cambios degenerativos como por ejemplo: maceración (ablandamiento general), momificación y en casos poco recurrentes, formación de litopledión (material rocoso), en general no se observa malestar general, dolor de cabeza, etc. puede producirse hipolifrinogenemia, la afección se descubre porque el fondo del útero no continua elevándose, no se escuchan soplos cardiacos fetales o ambas cosas.⁴⁴

3.2.7. ABORTO ILEGAL

Es la terminación del embarazo fuera de instalaciones médicas adecuadas y por lo general lo efectúan personas que no son médicos; se desconoce la frecuencia de este tipo de abortos, pero ya descendió.

3.2.8. ABORTO HABITUAL

Se clasifica con tal designación a la serie de abortos repetidos sucesivos, de causa desconocida. El 60%

⁴⁴ Op. Cit. p. 626

se debe a anormalidades de cromosomas; después de 2 abortos consecutivos la mayoría de las mujeres se refieren para consejo y pruebas genéticas. Las medidas ultraconservadoras que se emplean son un intento para salvar el embarazo, como descanso en cama completa, administración de progesterona para apoyar el endometrio y en ocasiones tratamientos con extracto de tiroides.

3.2.9. ABORTO ELECTIVO

La terminación voluntaria del embarazo se llama **ABORTO ELECTIVO** o **TERAPEUTICO** y se tiene por personal médico hábil.

3.2.10. ABORTO SEPTICO

En los intentos empíricos por terminar con el embarazo los métodos suelen incluir la administración de grandes dosis de fármacos cuyos efectos son tóxicos y que nunca evacúan del útero, así como efectuar un raspado que se acompaña de un peligro de rotura uterina, hemorragia o infección.

3.3. EL ABORTO EN EL DERECHO

3.3.1. DESARROLLO HISTÓRICO DE LA LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA.

La primera legislación que penaliza al aborto en México es de la época prehispánica, dentro los delitos contemplados en el derecho penal desarrollado por los antiguos mexicanos, la tipología de los delitos se encontraban estrechamente ligados con la defensa de sus creencias religiosas y en segunda instancia la sociedad; ya desde este momento el aborto se entendía como un delito contra la vida, ubicado junto con los de homicidio y lesiones; Se castigaban solo los delitos intencionales, los cómplices eran castigados igual que los responsables principales y era obligación denunciar las intenciones delictuosas de otros; cada pueblo o cada barrio en Tenochtitlan se reunía anualmente para nombrar a un juez, que sólo dictaba sentencia en asuntos de poca importancia y se resolvía en forma inmediata. Los casos graves eran juzgados ante un magistrado que era nombrado por el rey (Cihuacóatl), asistido por un consejo o un tribunal superior, la determinación del Cihuacóatl era de última instancia, pero no podía dictar sentencia de muerte sin la ratificación del soberano, o de los cuatro electores que constituían el

consejo del Imperio, quienes fallaban en los casos difíciles o de desacuerdo.

Había juzgados especiales para los nobles, compuestos por cinco jueces, de los cuales uno fungía como escribano, conocían de asuntos militares, pero también juzgaban casos de adulterio. Las penas eran muy severas siendo las más fuertes la muerte por decapitación, estrangulación, machacamiento, cremación, lapidación, empalamiento o descuartizamiento. El aborto se castigaba con pena de muerte a la mujer y a quien la ayudaba, aun que era considerado un delito no contra la religión sino contra la sociedad.

En la época Colonial, el delito en su amplia acepción se definía como ataque ante todo a la religión, y sólo en segundo término a los intereses particulares, a la sociedad y al estado, las leyes de indias (sancionadas por Carlos II en 1680) permitían que los indígenas conservaran sus usos y leyes mientras no fueran considerados contrarios al cristianismo. En 1774 fue creado el departamento de partos ocultos, que tenía como función recibir el producto de las mujeres españolas que concebían fuera del matrimonio, se encontraba en un anexo del hospicio de pobres, manejándose con el mayor secreto posible, las mujeres embarazadas llegaban solas con el

rostro cubierto y así permanencia en celdas aisladas, aun en el momento del parto; el nombre de estas era solo conocido por el confesor, quien lo anotaba sólo para evitar problemas si sobrevenia la muerte. De esta forma se consideraba que se cuidaba el honor de las familias y se evitaba el aborto, que era penalizado de acuerdo con la influencia de la iglesia católica.

En 1813 dentro de un ambiente de fuertes discusiones del congreso constituyente y de una situación difícil en todo el país, José María Morelos y Pavón precursor del ideario insurgente de Miguel Hidalgo y Costilla, el 14 de septiembre, elabora el proyecto de constitución en un documento que titulo "los sentimientos de la Nación" basado en 23 puntos que contenían las ideas esenciales de los iniciadores de la independenciam para la transformación del país; dentro de los ámbitos político, social y económico. En el punto N° 2 de este articulado se inscribió "Que la religión católica sea la única sin tolerancia de otra"; en su postulado 15 señalaba "Que la esclavitud se prescriba para siempre y lo mismo la distinción de castas, quedando todos iguales, y solo distinguirá a un americano de otro el vicio y la virtud."

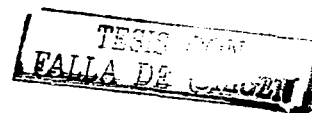
La intervención y el papel determinante que representaron los religiosos de la iglesia católica dentro del

proceso de independencia y la base ideológica de conformación del nuevo Estado, determina así mismo el tipo de legislación penal.

El aborto y su consecuencia ordinaria: muerte del feto ha sufrido intensas transformaciones jurídicas en el transcurso del tiempo y en los distintos lugares; primeramente había impunidad absoluta; después existió una penalidad exagerada; posteriormente atenuación de la sanción; no se sanciona o castiga aquellas tendencias en los abortos efectuados por la madre, en clínicas adecuadas y por personal o médicos autorizados o al menos licitud de ciertos abortos por causas eugenésicas de miseria, de familia numerosa etc. siempre y cuando se practiquen en forma higiénica por especialista facultado.

El aborto dentro del derecho es un mal de extrema gravedad, puesto que lesiona diversos intereses como son; la vida en formación del producto, los derechos a la maternidad que la mujer tiene cuando el aborto se realiza sin su consentimiento, la esperanza de descendencia en el padre, el instinto de conservación demográfica colectiva.

En la ley de la Antigua India en el Código de Manú, cuando una mujer de casta muy elevada caía en falta con un hombre de casta muy baja, se daba muerte al



hijo ya sea por medio del aborto o por muerte de la madre; este tipo de aborto era llamado aborto obligatorio tenía como finalidad mantener la pureza de la sangre en las castas elevadas, castigando así a la mujer que era infiel, la justificante en este aborto era eugenésico; por otro lado en Grecia el aborto no era deshonesto, para ellos era un hecho natural.

Con la llegada del cristianismo el aborto empezó a ver se como un delito grave. Cuando el aborto causaba la muerte del feto previsto de alma la penalidad era la muerte.

En Roma según Monrasen en los primeros tiempos fue considerado como grave inmoralidad el aborto un feto; sin embargo ni en la época republicana ni en la primera del imperio fue calificada como delito dicha acción; según las leyes regias era permitido al marido practicar el aborto de su mujer, como una derivación del concepto patrimonial sobre sus hijos.

Con el cristianismo empezó a estimarse el aborto provocado como un verdadero delito, salvo que el derecho canónico, imbuido las teorías anímicas distinguió entre la muerte del feto vivificado, con alma y la del feto en la que ésta no residía; para 10 semanas después de la

concepción según el sexo, cuando el aborto causaba la muerte del feto provisto de alma, la penalidad era la muerte; en caso contrario las penas eran generalmente pecuniarias.

3.4. CONCEPTO DE ABORTO

El término proviene del latín abortus: ab particular privativa y ortus, nacimiento. Es decir, “no nacer”; también se deriva de aborire; nacer antes de tiempo o sea indica la destrucción de un órgano.⁴⁵

Actualmente el derecho es un ordenamiento jurídico que une todas las normas que pueden ser de índole constitucional, administrativo, civil, penal, entre otras; cada una de ellas persigue diversos fines, pero la materia que nos ocupa es el derecho penal, ya que es el que se aplica para la protección de bienes jurídicos, cuyos fines son la prevención general de conductas antisociales.

En México existen diversas posturas legislativas para tratar el tema del aborto de las cuales podemos señalar:

⁴⁵ QUIROZ CUARON ALFONSO, “Medicina Forense”, Octava ed. Ed. Porrúa, p. 676.

Leyes Prohibitivas.- Aquellas que penan la práctica del aborto estableciendo altas punibilidades, en este caso podemos decir que se trata del Código Canónico

Leyes Liberales.- Las que despenalizan la practica del aborto, consentido, procurado, cuando la mujer corra peligro grave en su salud, el aborto por problemas congénitos y el aborto en caso de extrema pobreza.

Diversas Leyes.- Aquéllas que establecen textos en los que implícitamente o explícitamente determina en que casos el aborto será legal; es decir, indica los limiten en los que el aborto puede llevarse a cabo legalmente, estableciendo las condiciones y requisitos según sea el caso.

3.5. TIPO PENAL DE ABORTO

Respecto de la legislación penal en nuestro estado, el artículo 222, define legalmente al aborto “Aborto es la muerte provocada del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez”;⁴⁶ Rafael de Pina Vara lo define como “Salir el feto del claustro materno antes del momento en que se encuentre en condiciones de viabilidad”,⁴⁷ el Código Penal para el Distrito Federal lo

⁴⁶ SUPRA (12) p. 140

⁴⁷ SUPRA (32), p 14.

definía como “Aborto es la extracción del producto de la concepción y a su expulsión provocada por cualquier medio, sea cual fuera la época de la preñez, siempre que esto se haga sin necesidad.”⁴⁸ Lo cierto es que dentro de las diferentes definiciones indica el contenido de la lesión de diversos intereses como lo es la vida en formación, los derechos que a la maternidad tiene la mujer cuando el aborto se realiza sin su consentimiento, la esperanza de descendencia en el padre, el instinto de conservación demográfica en la colectividad, además algunos tratadistas mencionan que existe ausencia de sentimientos de piedad, por otro lado las mujeres embarazadas que buscan un aborto y que por la represión y previsión del derecho tiene que acudir a la clandestinidad con los riesgos que puedan tener, pues la madre, ante el temor de la ley, acuden a abortadores empíricos, poco escrupulosos y llenos de codicia, y que exponen la vida de la mujer.

La noción del delito de aborto en las diferentes legislaciones presenta variantes muy importantes, pero la nuestra define al aborto por su consecuencia final, por la muerte del producto de la concepción, ya que la maniobra abortiva por cualquiera que sea, es un presupuesto lógico del delito, es el modo de realizar la infracción prevista: dar muerte o aniquilamiento

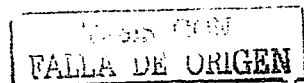
⁴⁸ SUPRA (11), p. 33

de la vida en gestación, en consecuencia el objetivo no en otro más que atentar contra la vida en gestación para evitar la maternidad; los bienes jurídicos protegidos a través de la sanción son: la vida del ser en formación, el derecho del padre a la descendencia y el interés demográfico de la colectividad, así mismo podemos también reconocer como sujetos pasivos, a parte del huevo, embrión o feto, a la madre cuando no han dado su consentimiento, al padre y a la sociedad, es por todo lo anterior que al practicar un aborto, estamos matando a un ser que merece protección, en tal sentido es que se castiga a todo aquel que practique un aborto clandestinamente con o sin el consentimiento de la madre.

3.5.1. ABORTO PROVOCADO

Nuestra legislación contempla diversos tipos penales y de los que podemos mencionar según lo dispuesto por el numeral 223 del Código penal y que dice “ A la mujer que provocare su aborto”;⁴⁹ este tipo penal es conocido como aborto provocado tal y como su nombre lo indica, en el que participa principalmente la madre y tiene como finalidad evitar su embarazo provocándose un aborto y en consecuencia el nacimiento del producto de la concepción.

⁴⁹ SUPRA (12), p. 141.



3.5.2. ABORTO CONSENTIDO

La legislación penal contempla en su artículo 224 al aborto consentido y lo define “Al que causare el aborto con el consentimiento de la mujer”;⁵⁰ en este supuesto cualquier sujeto puede realizar la conducta delictiva, ya sea un médico, partero, enfermero o cualquier otro, el objetivo al igual que al anterior es evitar el nacimiento del producto de la concepción con el consentimiento de la mujer.

3.5.3. ABORTO SUFRIDO

Dispuesto por el artículo 225 del Código Penal del Estado “Al que provocare el aborto sin consentimiento de la mujer”⁵¹, consistente en provocar un aborto por cualquier sujeto, y por cualquier medio.

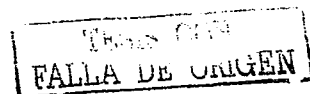
3.5.4. ABORTO HONORIS CAUSA

El artículo 226 del Código Penal menciona que “ A la mujer que para ocultar su deshonra provocare su aborto o lo consintiere”;⁵² estamos en presencia ante un tipo penal donde cualquier sujeto puede realizar la

⁵⁰ IDEM

⁵¹ Op. Cit., p.142.

⁵² IDEM.



conducta incluyendo a la madre, puesto que la finalidad es ocultar el embarazo y en consecuencia provocarlo por el método que sea; por ejemplo, aquella mujer que para ocultar su deshonor, sé faja demasiado para así provocarse un aborto, que no tenga mala fama o que sea producto de una relación ilegítima. .

Como hemos visto nuestra legislación sanciona aquellos sujetos que practiquen o incurran en algunos de los tipos penales anteriores, pero hay una penalidad adicional señalada por el artículo 227 del Código Penal “Si en el aborto interviniere un médico, partero o enfermero, se le suspenderá además en el ejercicio de su profesión de dos a cinco años”,⁵³ esta disposición de suspensión de la profesión fue contemplada por el legislador, toda vez de que independientemente de que no ejecuten materialmente la conducta delictiva, están violando la ética profesional de velar por la vida y por destruirla.

En nuestra legislación al igual que en otras están contempladas las llamadas Excusas Absolutorias, precisamente en el artículo 228 del Código penal indica “ No es punible el aborto causado por culpa de la mujer

⁵³ Op. Cit. p. 143.

embarazada ni el provocado o consentido por ella cuando el embarazo sea el resultado de una violación".⁵⁴

La causa de impunidad a que se refiere el artículo 228 del Código Penal del estado, solamente surte efectos cuando la violación de la mujer que aborta voluntariamente se prueba conforme a lo que la ley establece, es decir, cuando se acredite por los medios establecidos en la adjetiva de la materia el cuerpo del delito de violación cometido en agravio de la mujer embarazada. Si en este caso resulta que de esa violación proviene el embarazo, el aborto que se procure no es punible, ya que no basta la simple afirmación de una mujer en el sentido de que fue víctima de una violación para provocarse el aborto impunemente y además para que la excusa absolutoria establecida por nuestro ordenamiento jurídico alcance a favorecer al médico que valla a practicar el aborto.

3.6. RIESGOS EN EL ABORTO

En México la ilegalidad del aborto provoca que muchas mujeres se vean orilladas a asistir a clínicas clandestinas o con personas no capacitadas para interrumpir su embarazo. Con frecuencia, estas intervenciones pueden poner en riesgo su salud y hasta su

⁵⁴ SUPRA (12), p. 143.

vida. Aunque las complicaciones pueden presentarse después de cualquier interrupción del embarazo (incluso cuando ésta la realiza una persona capacitada o cuando sucede de manera espontánea), sin duda el riesgo de presentarlas es mucho mayor cuando se trata de un aborto inducido realizado en la clandestinidad.

Los problemas que pueden tener después de un aborto de cualquier clase se describen a continuación:

1.-Infecciones, Esta es una de las complicaciones más comunes y son causadas por la entrada en el útero de ciertas bacterias. Para evitar el crecimiento de una infección se debe vigilar que no se presente ninguna de las señales de peligro que sé en listan más adelante. Una infección no atendida puede provocar enfermedades serias, tales como esterilidad e incluso la muerte.

2.- Retención de tejido, Puede suceder que después de la intervención que den restos de tejido ovular en el interior del útero. Esto significa que se debe buscar atención médica para remover el tejido, pues este es un medio ideal para el crecimiento de las bacterias que provocan las infecciones.

3.-Hemorragias, Es normal que se presente sangrado después de la interrupción del embarazo. A menudo se puede presentar un sangrado escaso que aumenta poco a poco. Un sangrado moderado, similar a un periodo menstrual, puede prolongarse hasta 6 semanas. Un sangrado más abundante que el de un periodo menstrual, o que persista más allá de 3 o 4 semanas, necesita ser evaluado médicamente.

4.- Lesiones intra-abdominales, (perforación del útero y lesiones cervicales). Debido a que estas son lesiones internas la mujer esta en posibilidad de darse cuenta de ellas más que a través de las señales de peligro. La perforación del útero ocurre cuando un instrumento quirúrgico lo atraviesa. El útero es un músculo fuerte que con frecuencia sana sin necesidad de tratamiento, sin embargo, en ocasiones puede ser necesaria una intervención quirúrgica para reparar el daño. Las lesiones cervicales pueden presentarse como resultado de fuertes contracciones uterinas y deben suturarse para evitar problemas en embarazos posteriores.

5.- Reacciones tóxicas a las sustancias o drogas utilizadas para inducir el aborto, Si una mujer ha ingerido hierbas, medicamentos o drogas para provocarse un aborto, puede presentar serias complicaciones tóxicas.

Es importante saber la mayor parte de las drogas y preparados que se conocen como abortivos no proporcionan una interrupción del embarazo confiable, y con frecuencia provocan intoxicaciones y hasta envenenamiento.

6.- Continuación del embarazo, En muy pocas ocasiones el embarazo puede continuar a pesar del intento de interrumpirlo. Esto se debe a que se ha removido solo parte del tejido, por lo que es necesario repetir el procedimiento hasta eliminar todo el tejido ovular.

3.6.1. SEÑALES DE PELIGRO

Si una mujer embarazada ha tenido un aborto espontáneo o se ha sometido a una intervención (ya sea legal o ilegal), para interrumpir un embarazo, en los días subsecuentes debe cuidar que no se presenten las siguientes señales de peligro.

- Fiebre
- Escalofríos
- Dolores musculares
- Cansancio, debilidad o sueño
- Dolor abdominal o pélvico
- Cólicos y/o dolor de espalda

- Sensibilidad (a la presión) en el abdomen
- Hemorragia prolongada o abundante (en algunos casos puede llevar al shock, cuyos signos son: pulso acelerado; piel sudorosa, humedad; desmayo y mareo)
- Flujo vaginal fétido
- Demora (de 6 semanas o más) en la reanudación de los periodos menstruales.

Si presenta cualquiera de estos signos una mujer es necesario que acuda a un médico ya que estas señales de peligro pueden ser muy serias, a las cuales se orillan por la practica de métodos abortivos.

3.7. MALFORMACIONES CONGENITAS

La palabra congénita o eugenética significa estudio y control de la procreación como medio para mejorar las características hereditarias de la raza; en sentido negativo significa, la que concierne a la prevención de la reproducción de aquellos individuos que poseen caracteres inferiores o indeseables. En consecuencia al hablar de malformaciones congénitas nos estamos refiriendo a aquellas malformaciones del cuerpo humano que se pueden ir desarrollando desde que se encuentra en el seno materno, existiendo desde entonces un problema

genético, el cual puede ser una malformación que con intervención quirúrgica se pueda remediar, o es el caso en el que existen malformaciones congénitas en las que el ser en formación no se podrá desarrollar como ser humano dentro de nuestra sociedad, toda vez que hay malformaciones en las que el producto puede fallecer en el periodo neonatal inmediato o en que no se logre, teniendo como consecuencia un aborto, un aborto que sería por causa de una malformación congénita del producto de la concepción.

Encuestas realizadas por grupos especialistas en el estudio de malformaciones genéticas indican que entre el 2 y 3 % de todos los recién nacidos vivos presentan alguna malformación congénita, mientras que en nacidos muertos alcanza de 15 a 20 %. En muchos casos, es posible determinar desde etapas tempranas de la gestación que el feto se encuentra afectado.

El primer paso para detectar a los productos de la concepción enfermos es estudiando a las mujeres embarazadas que puedan tener factores de riesgo específicos, y realizar un estudio más completo en un hospital especializado que cuente con los recursos necesarios, hoy en día los métodos de diagnóstico más utilizados son los que se mencionaran en cuadro que a

continuación se describe y que para el estudio del presente trabajo se desarrollara en el capítulo siguiente.

3.7.1. DIAGNOSTICO PRENATAL

INVASIVOS

- Amniocentesis
- Biopsia de Vellosidades Coriales
- Biopsia de Tejidos Fetales
- Fetoscopia.

NO INVASIVOS

- Ultrasonido
- Radiología
- Tomografía
- Resonancia Magnética
- Cordocentesis

Las malformaciones o enfermedades congénitas en las que el producto no se pueda desarrollar como persona por si solo y que además fallecen o viven poco tiempo son las siguientes:

3.7.2. MALFORMACIONES CONGENITAS

MALFORMACIONES:

- Anencefalia
- Holoprosencefalia
- Hidrocefalia
- Agenesia Renal

SINDROMES :

- Trisomia 13
- Trisomia 18
- Pterigium Multiple
- Neu-Laxova
- Meckel-Gruber

3.7.2.1. ANENCEFALIA

Esta malformación consiste en un defecto en el cierre del tubo por lo tanto la parte anterior del cerebro no se fusiona ni la bóveda craneal, además existe degeneración de estos tejidos, estas consecuencias las podemos enumerar de la siguiente manera: a) el cerebro anterior no fusionado se desarrolla parcialmente y después

tiende a degenerar; b) la bóveda craneal no se desarrolla por completo; c) los rasgos faciales y el desarrollo de los pabellones auriculares se encuentran secundariamente alterados en diversos grado, tales alteraciones incluyen: paladar hendido, anormalidad frecuente de las vértebras cervicales y en ocasiones, desarrollo incompleto del lóbulo anterior de la pituitaria⁵⁵ o glándula hipótesis.

Este tipo de malformación en manos de un experto puede diagnosticarse a las 14 semanas de gestación y se debe tener demasiado cuidado a las 16 semanas, sin embargo para detectar con mayor eficacia esta malformación se debe practicar una amniocentesis para poder confirmar.

3.7.2.2. HOLOPROSENCEFALIA

Esta malformación durante la 3^a semana del desarrollo fetal él mesodermo precordial se desplaza dentro de la región anterior, hacia el notocorda, además de ser necesario para el desarrollo de la parte media de la cara, tiene un papel inductivo en la formación del cerebro anterior. Un defecto del mesodermo precordial trae como consecuencia grados variables de deficiencia del desarrollo facial en la línea media, especialmente la base de la nariz

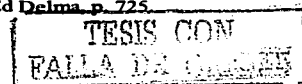
⁵⁵ SUPRA (39), p.626.

media y una formación incompleta del cerebro anterior. La apariencia de un solo ojo representa una alteración severa en el temprano desarrollo facial de la línea media, los ojos se fusionan, los placodas o factorías se consolidan en una sola proboscis con aspectos de tubo arriba de los ojos con ausencia del etmoides y otras estructuras ósea, de la línea media.⁵⁶

La causa en esta malformación congénita es desconocida y los defectos son aislados en la mayoría de los casos, ciertas aberraciones cromosómicas incluyen los síndromes de trisomía 13,18p,13q, así como el síndrome de Meckel-Gruber, deben tenerse en cuenta para formular el diagnóstico. Además existe una forma autosómica dominante de holoprosencefalia, por lo tanto, los padres de un niño afectado deberán ser examinados en busca de manifestaciones leves, como un solo diente incisivo central. En los últimos estudios realizados por médicos especialistas han observado holoprosencefalia en los vástagos de madres diabéticas.

En relación con el sistema nervioso central en productos con este tipo de malformaciones congénitas es muy pobre, los cuales tienen poca probabilidad de realizarse como un ser y ser independiente inclusive las probabilidades de sobre vivencia son muy limitadas.

⁵⁶ DE KENNETH L. JHONES, Atlas de Malformaciones Congénitas, Cuarta ed. Ed Delma, p. 725



3.7.2.3. HIDROCEFALIA

Acumulación anormal de líquido cefalorraquídeo en el sistema ventricular del debido a una hiper producción del LCR o a la obstrucción del acueducto de silvio. Esta malformación fue descrita primeramente en 1949 por Bickers y Adams, los productos que tienen esta malformación congénita presentan deficiencia mental, especialmente de las extremidades inferiores, en las manos presentan el pulgar flexionado sobre la palma y el cerebro estrecho del acueducto con hidrocefalia.

La evolución natural en la hidrocefalia prenatal puede ser tan grave que impida el nacimiento del producto.

El examen del sistema ventricular cerebral del feto debe formar parte de un estudio con ultrasonido. En la actualidad se tiene medidas normales para el sistema ventricular y una desviación importante de estos indica una vigilancia cuidadosa. Un producto con hidrocefalia franca diagnosticada en el segundo trimestre de gestación tiene pocas probabilidades de mejorar con la continuación del embarazo por lo que la mayoría mueren antes de nacer.

3.7.2.4. AGENESIA RENAL

La agenesia renal consiste en falta de uno o dos riñones según sea el caso, un producto que presente agenesia renal limitara la cantidad de líquido amniótico y de esta forma ocasionara anomalías adicionales durante la vida prenatal. Esta malformación congénita puede llegar a sé la única malformación o quizá pueda ser un rasgo de una anormalidad o malformación más extensa.

Una de las causas por las que el líquido amniótico es muy poca es por el escape crónico a partir de la mitad del embarazo y esto es causa de la compresión del feto. El producto que presenta esta malformación congénita puede morir antes de nacer, la causa de muerte es la insuficiencia respiratoria, con un desarrollo final incompleto.

Cuando falta líquido amniótico es secundario, en la agenesia renal debe realizarse una evaluación renal ultrasonográfica de padres y hermanos de los niños afectados que un 9% de los familiares en primer grado presenta malformaciones renales.

3.7.2.5. TRISOMIA 13

Las características más comunes del síndrome de trisomía 13 son malformaciones de ojos, nariz, labios y parte anterior del cerebro, del tipo de holoprosencefalia, uñas angostas, defectos en la piel y del cuero cabelludo posterior.

La edad avanzada de la madre ha sido un factor en la presencia de trisomía 13 (los estudios cromosómicos deben realizarse en los niños que nacen con este síndrome, los hijos de madres jóvenes, para poder detectar al producto o al niño).

El 44% de estos productos mueren en el primer mes de vida y el 49% a los seis meses y solo el 7% sobrevive el primer año. Los niños que nacen con trisomía 13 tienen malformaciones congénitas mentales muy graves, con frecuencia sufren de convulsiones y no crecen bien.

Las Malformaciones Congénitas de trisomía 13 es muy variable en los productos y como se menciona en supra líneas solo el 7% llega a sobrevivir pero por lo regular un año, estudios realizados por especialistas mencionan que solo se le detectado un adulto de 33 años de edad, pero con serios problemas mentales esto se debe al gran índice

de mortalidad, incluso los médicos recomiendan no utilizar medicamentos o métodos que prolongan la vida ya que solo estaría provocando un daño.

3.7.2.6. TRISOMIA 18

La malformación congénita de trisomía 18 se considera como un síndrome tal y como se aprecia en el cuadro sinóptico del apartado 3.7.2., esta malformación congénita fue reconocida por la vez en 1960 y se le atribuye en Eduards et al., pa tau et al y Smith et al, descubrieron así el 20 síndrome de malformaciones múltiple más común con una escala de 0.3 por cada 1000 recién nacidos.

La trisomía 18 presenta más de 130 distintas malformaciones, en consecuencia han sido clasificadas en tres grupos: el 1º | en aquellas que se presentan en el 50% o más de los productos cada malformaciones, el 2º | las que manifiestan un rasgo que va del 10 al 50% de los afectados y un 3º | grupo que incluye a menos del % de los casos.

Los lactante con síndrome de trisomía 18 suelen ser débiles y tienen una capacidad limitada de sobrevivencia.

La reanimación suele ser necesaria al nacimiento y pueden presentar lapsos de los problemas respiratorios en el periodo neonatal. Con su capacidad de succión es pobre, puede ser necesario alimentarlos por medio de sonda y aun así casi no progresan. Aproximadamente el 30% mueren en el primer mes y el 50% en los 2 primeros meses solo el 10% sobrevive al primer año pero severos trastornos mentales y que posteriormente morirán.

La trisomía 18 se presenta con mayor frecuencia cuando la madre es de edad avanzada, la edad materna media, al nacimiento de los niños con este síndrome es de 32 años. Este tipo de síndromes pueden ser detectados por medio de estudios cromosómicos (clara que se realizaran con la sospecha posible), que en capítulo posterior indicaremos en que consiste.

Cuando se detecta un caso de este tipo, los progenitores deben también ser estudiados, cromosómicamente para determinar si uno de ellos es portador de la translocación balanceada (transferencia de una fracción de cromosoma a otro); si tal caso se presenta, el riesgo de recurrencia en su descendencia futura es alto.

3.7.2.7. PTERIGIUM MULTIPLE MORTAL

Los productos que presentan una malformación congénita del síndrome pterigium múltiple carecen de crecimiento esto es, que presentan un cuadro clínico con deficiencia desde la etapa prenatal, como un torso pequeño, piel floja, huesos largos frágiles y delgados por lo regular flexionado incluyendo la cadena, así mismo tienen apéndice, presentan paladar hendido, en sí una sería de malformaciones que provocan él libre desarrollo del producto en forma normal y que a consecuencia de las características antes mencionadas, entre otras el producto puede no lograrse, ya que se tiene contemplado que todos los productos han nacido muertos o han fallecido en el periodo neonatal inmediato, esto es poco después de haber nacido.

3.7.2.8. MECUEL-GRUBER

Este síndrome tiene gran relación sobre todo en la afectación al sistema nervioso central, o con defectos renales, es decir, con malformaciones en los riñones ya sea en uno o en los dos, los productos con esta M-C casi nunca sobreviven más de unos días o semanas, inclusive hay productos que mueren dentro del seno materno ya que la consecuencia de las malformaciones al sistema nervioso el

producto desarrolla una serie de trastornos en su cuerpo como la falta de crecimiento prenatal, cuello corto, un hígado con quistes y conductos biliares así como desarrollo incompleto de los genitales externos o internos o ambos.

El niño que actualmente se sabe que a vivido más tiempo es uno que murió a los 4 ½ meses de edad.

3.7.2.9. NEW-LAXOUA

Los productos que presentan M-C con síndrome de New-Laxoua, es por que sus padres a pesar de ser normales se les han descubiertos la existencia de consanguinidad entre ellos y es por ello que se presentan estas malformaciones congénitas en las que el producto en la mayoría de los casos han nacido muertos o han fallecido en el periodo de neonatal inmediato y que el producto que llevo a nacer murió a los 7 semanas a consecuencia de pulmonía, algunos de las características que presentan son: microcefalia, frente inclinada, ojos sin párpados, nariz plana, boca abierta, labios gruesos, piel escamosa, entre otras.⁵⁷

⁵⁷ DE KENNETH L. JONES, Atlas de Malformaciones Congénitas, Cuarta ed. Ed. McGraw-Hill, p.97

CAPITULO CUARTO

EL ABORTO EUGENESICO

4.1. EL ABORTO EUGENESICO EN EL INTERIOR DE LA REPUBLICA MEXICANA.

Como ya sabemos el tema del aborto es de gran polémica, lo cierto es que en México esta penado y son pocas las salvedades que concede la ley para llevarlo a cabo y que no sea punible la conducta; las mujeres abortan pero queremos creer que no lo hacen. La sociedad mexicana cierra los ojos ante el aborto mientras lo practica a escondidas y el fenómeno sigue en aumento, Justamente por que existe una situación de hecho en constante aumento.

En México existe una serie de disposiciones en las que el aborto no es punible y esto es a consecuencia de las reformas que en cada Estado se van dando a través del tiempo y según las necesidades que surgen en esa entidad federativa, por ejemplo:

Las reformas significativas realizadas en la década de los 80s para ampliar las causas de no punibilidad del aborto, han sido:

1.- por motivos eugenésicos, es decir malformaciones físicas o mentales graves para el producto, (Coahuila, Colima, Chiapas, Guerrero, Durango, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, Veracruz y Yucatán)

2.- Baja California, al igual que Chihuahua, cuentan con mayor número de empresas maquiladoras, y en donde más casos de anencefalia e hidrocefalia se han presentado, por los altos grados de contaminación que dentro de los materiales que utilizan estas empresas de dan; en ambos estados no se encuentra despenalizado el aborto por causas eugenésicas, ni por grave daño a la salud; obligándose a las mujeres a llevar a termino un embarazo donde de antemano ellas ya conocen que no será viable el producto, afectando con esto su salud física y emocional, ya que el producto nacerá muerto en la mayoría de los casos, o vivirá algunos 2 días, esta situación significa una forma de tortura y crueldad excesiva para la mujer y toda su familia; existen mujeres que en busca de una solución han acudido en Baja California al Ministerio Publico, de las agencias especializadas en delitos contra la vida y la seguridad de las personas, solicitando autorización

para interrumpir el embarazo, pero en todos los casos (seis), este les ha sido negado, al no considerar que esta situación pueda poner el peligro la vida de la mujer, y por no contemplar la legislación local los supuestos de grave daño a la salud y causa eugenésica, como los mencionamos.

3.- Cuando el embarazo cause grave daño a la salud de la mujer (Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Estado de México, Nayarit, Nuevo León, San Luis Potosí, Tlaxcala y Zacatecas)

4.- Otras causas contempladas sólo dentro de cuatro códigos estatales mismas que fueron establecidas desde 1920 en el caso de Yucatán, y 1980 en los otros casos son:

a) inseminación no deseada (Colima, Chihuahua y Guerrero) y por

b) causas económicas, cuando la mujer tenga al menos tres hijos, (Yucatán)

El aborto Eugenesico es el tema que nos ocupa y como se puede apreciar son pocos los estados que contemplan a este tipo como no punible, el último Estado que reformo su Código penal fue Chiapas donde en octubre de 1990, se envía por parte del Gobernador de Chiapas, el

PROYECTO DE CÓDIGO PENAL, el 09 de octubre, en la sesión del congreso la discusión se centra exclusivamente en este conflicto, lográndose el proyecto de Código y realizándose la inmediata aprobación del documento y la reforma al artículo señala:

Art. 136.- No es punible el aborto cuando el embarazo sea consecuencia de violación, si se realiza dentro de los noventa días a partir de la concepción; cuando a causa del embarazo la madre corra peligro de muerte o pueda determinarse que el producto sufre alteraciones genéticas o congénitas que den por necesario el nacimiento de este con trastornos físicos o mentales graves, cuando el aborto se efectúe por razones de planificación familiar en común acuerdo con la pareja; o en el caso de madres solteras, siempre que tales decisiones se tomen dentro de los primeros 90 días de gestación y previo dictamen de otros médicos, cuando sea posible, y no sea peligrosa la demora; o cuando se pruebe que el aborto fue causado por la prudencia de la embarazada...

El 11 de octubre de ese mismo año, se publicó en el Diario Oficial el nuevo código y de acuerdo con las nuevas disposiciones entra en vigor cincuenta días después, esto es, el 1° de diciembre de 1990.

El gobernador posteriormente realiza conferencias de prensa declarando sobre la nueva propuesta, en referencia a la despenalización del aborto, manifestando que esta era una medida sustentada en una amplia consulta popular y que dicha ley no convocaba a que se abortara, pero permitía que en libertad de conciencia la mujer pudiese elegir "si una gente es cristiana y su convicción religiosa le aconseja no hacerlo, esto no la obliga, pero una pobre mujer embarazada en una violación o que va a traer a un hijo al desamparo y que en conciencia quiera abortar, sepa que hay absoluta libertad para que lo haga.

Las malformaciones congénitas constituyen un problema importante para la salud de nuestros niños, y son, junto con las afecciones del recién nacido, la principal causa de muerte en niños.

De los 514 niños que fallecieron en el Hospital Nacional de Niños durante 1995, 137 presentaron alguna malformación congénita como causa principal de muerte, o sea el 26.7 % de ellos.

Pero el problema se refleja no sólo en el grupo de niños fallecidos, sino también en las madres que presentan un embarazo con un producto que tiene

malformaciones congénitas, ya que la primera causa de madres que acudían presentaban un embarazo con malformaciones congénitas, representando el 13.5% del total de señoras embarazadas que egresaron durante ese año.

Siendo las malformaciones congénitas un problema de salud significativo en nuestro país, se justifica que se tomen diversas medidas para su prevención.

Se sabe que las malformaciones congénitas tienen un origen multifactorial, y que se desarrollan fundamentalmente en los primeros meses de gestación. En su origen, intervienen factores que tienen que ver con la salud de los padres, especialmente de la madre, siendo muy importantes la edad de la madre, las infecciones durante el embarazo, la nutrición, la consanguinidad entre los padres, factores genéticos y factores ambientales, tales como el uso de tóxicos durante el embarazo, ocupando un lugar preponderante las drogas, el tabaco y el alcohol.

Resulta fundamental entonces para la prevención de las malformaciones congénitas la paternidad responsable y el control prenatal, abarcando este no solo el embarazo, sino idealmente el período pregestacional, por lo que toda mujer en edad fértil debería tener un control médico apropiado y periódico

Situación legal del aborto en México

Causas por las que el aborto no se castiga en los códigos penales	Imprudencial	Por violación	Por peligro de muerte	Eugenésico	Grave daño a la salud	Otra causa
Aguascalientes	*	*	*			
Baja California	*	*	*			
Baja California Sur	*	*	*			
Campeche	*	*	*			
Coahuila	*	*	*	*		
Colima	*	*	*	*		*(A)
Chiapas		*	*	*		
Chihuahua	*	*	*			*(A)
Distrito Federal	*	*	*			

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Durango	*	*	*	*		
Guana-juato	*	*				
Guerrero	*	*		*		*(A)
Hidalgo	*	*			*	
Jalisco	*	*	*		*	
México	*	*	*			
Michoa-cán	*	*	*		*	
Morelos	*	*	*			
Nayarit	*	*	*		*	
Nuevo León		*	*		*	
Oaxaca	*	*	*	*		
Puebla	*	*	*	*		
Querétaro	*	*				
Quintana Roo	*	*	*	*		
San Luis Potosí		*	*		*	
Sinaloa	*	*	*			
Sonora	*	*	*			

Tabasco	*	*	*			
Tamaulipas	*	*	*		*	
Tlaxcala	*	*	*		*	
Veracruz	*	*	*	*		
Yucatán	*	*	*	*		*(B)
Zacatecas	*	*	*		*	
Total	29	32	28	10	9	4

Como se ha mencionado y se desprende de la tabla anterior, son diez los Estados que permiten el aborto por causas genéticas o congénitas en el interior de la República que dentro de su legislación penal dice:

4.2. TIPO PENAL DE ABORTO,

1.- El código penal para el Estado de Coahuila en el numeral 293, menciona que “el aborto no punible. No se sancionara en los casos siguientes:

IV.- Cuando se practique con el consentimiento de la madre y el padre, en su caso, y a juicio de dos médicos exista razón suficiente para suponer que le producto padece alteraciones congénitas que den por resultado el nacimiento de un ser con deficiencias o mentales graves.

2.- El numeral del artículo 190 del código penal de Colima menciona “no es punible el aborto:

IV.- Cuando se practique con el consentimiento de la madre y el padre, en su caso y a juicio de dos médicos, exista razón suficiente para suponer que el producto presenta alteraciones genéticas, que den por resultado el nacimiento de un ser con trastornos físicos o mentales graves.

3.- El código penal de puebla en el artículo 343 menciona que “el aborto no es sancionable en los siguiente casos:

IV.- Cuando el aborto se deba a causas eugenésicas graves, según dictaminen que previamente rendirán dos peritos médicos.

4.- El código penal de Quintana Roo, menciona en su artículo 179 “no es punible la muerte dada al producto de la concepción:

III.- Cuando alguno de los progenitores padezca alguna enfermedad hereditaria, crónica, contagiosa e incurable, a juicio del médico que atienda ala mujer, se presume el nacimiento anormal del producto del embarazado

5.- La legislación penal en Yucatán menciona en el numeral 391 “el aborto no es sancionable en los siguientes casos:

V.- Cuando el aborto se deba a causas eugenésicas graves.

En los artículos anteriores se describe que el aborto no será punible, algunos cuando el producto tiene malformaciones congénitas o genéticas, cuando presenta malformaciones genéticas graves, cuando se practique con

el consentimiento del padre y de la madre, cuando este certificado por dos médicos especialistas o cuando se presume el nacimiento anormal del producto del embarazo, lo cierto es que todos de una u otra forma mencionan que el aborto eugenésico no es punible, pero sería bueno indicar cuales son las malformaciones congénitas graves o cuales serían las que fueran punibles, ya que hablar de las malformaciones congénitas es un tema muy amplio y que abarcan algunas que actualmente tienen solución por medio de una intervención quirúrgica, por ejemplo el labio leporino, otro ejemplo es la trisomía 21, mejor conocida como el síndrome de down, donde los productos pueden nacer y llevar una vida; en consecuencia es por ello que debemos indicar cuales serían aquellas malformaciones congénitas en las que el producto no se puede realizar como ser humano, que muera dentro del seno materno o que pudiera nacer muerto, o en el caso de que naciera vivo, muera en el periodo neonatal inmediato, lo que nos daría como resultado que el producto que el producto no va a vivir, estas malformaciones congénitas ya indicadas en capítulo anterior punto número 3.7.2. son las que definitivamente se deberían considerar que el aborto eugenésico no sea punible, además que para poder saberla presencia de una malformación de este tipo debe estar diagnosticado por médicos especialistas y para lo cual

existen métodos para identificar estas malformaciones, mejor conocidas como diagnostico prenatal.

4.3. DIAGNOSTICO PRENATAL

El diagnostico prenatal en su forma más simple determina el sexo fetal, hasta principios del siglo pasado que los investigadores empezaron a examinar los líquidos corporales de la madre con técnicas más sofisticadas para determinar el sexo fetal. Antes del nacimiento, el líquido amniótico se convirtió en la fuente de información más adecuada, pero nuestro propósito no es determinar cual es el sexo, sino la existencia de alguna malformación congénita. La genética medita es el aspecto de la genética humana que se ocupa de la relación entre herencia y enfermedad, y esta especialidad medica se interesa en la investigación de "el diagnostico, el consejo y tratamiento de enfermedades genéticas". Los genetistas médicos dedican mucho tiempo a orientar a los padres antes y después del diagnostico prenatal.⁵⁸

Para determinar un diagnostico prenatal hay dos técnicas, la primera en la técnica invasiva , con esta Se trata de obtener una muestra de tejido del feto (células del líquido amniótico, placenta, sangre, etc.) con el

⁵⁸ DRA. MEDINA GOMEZ PATRICIA, Diagnostico Prenatal, Tercera ed. Ed McGraw-Hill, p. 379

fin de poder detectar anomalías cromosómicas, alteraciones genéticas, enfermedades metabólicas, infecciones fetales, malformaciones, etc.

Se realiza sólo en gestantes que tienen un riesgo más elevado de alguna de éstas enfermedades.

Podemos decir que el tiempo para indicar una técnica de diagnóstico prenatal del feto es:

- **A la edad de la gestante superior a 35 años.**
- **Sospecha ecográfica de anomalía cromosómica.**
- **Triple screening con riesgo incrementado para Síndrome de Down.**
- **Un hijo anterior con una alteración cromosómica**
- **Un hijo anterior con malformaciones.**
- **Antecedentes familiares de retraso mental o defectos físicos congénitos.**
- **Uno de los miembros de la pareja es portador de una anomalía cromosómica.**
- **Antecedentes de varios abortos o muertes fetales de causa no aclarada.**
- **Historia familiar de enfermedades ligadas al cromosoma X**
- **Gestaciones con fertilización in vitro utilizando la técnica de microinyección espermática.**

Actualmente puede considerarse que las técnicas invasivas en centros especializados y en manos de personal experimentado son seguras, aunque no están exentas de un cierto riesgo de aborto. En general se considera que el riesgo de aborto atribuible a la técnica es para la amniocentesis de un 1%, para la biopsia corial de 1-2%.

Es el médico especialista el que debe valorar en cada caso la indicación de efectuar un procedimiento invasivo mediante una investigación minuciosa de la historia personal y familiar de la gestante cuantificando el riesgo, siempre que sea posible, de aparición de una determinada enfermedad.

4.3.1 AMNIOCENTESIS

Es una técnica invasiva de diagnóstico prenatal, que consiste en adquirir líquido amniótico, mediante una punción, a través de una jeringa, con control eco gráfico continuo, para guiar la aguja y evitar lesiones del feto y de la placenta, se efectúa a partir desde las 14 a partir de la última regla.

La indicación más frecuente es la obtención del cariotipo fetal pero también se utiliza para la detección de infección fetal y otras enfermedades. Es un procedimiento

prácticamente indoloro y tan sólo requiere que la gestante permanezca en reposo durante 48 horas.

El cariotipo se obtiene en dos semanas pero con la técnica de FISH (hibridación in situé con inmunofluorescencia) es posible diagnosticar las anomalías más frecuentes en tan sólo unas horas.

La amniocentesis en el segundo trimestre del embarazo es la técnica más usada en el diagnostico prenatal. Se realiza entre las dieciséis y dieciocho semanas de gestación cuando hay mayor número de células visibles y líquido amniótico suficiente. Debe explicarse en forma adecuada el procedimiento a la pareja, muchas mujeres piensan erróneamente que la amniocentesis es un procedimiento traumático y doloroso. Debe advertirse que el resultado puede tardar hasta tres semanas y que siempre es posible que se requiera una segunda punción, de antemano mencionar de encontrar una anormalidad en el producto, es decir, una malformación congénita.

La practica de la amniocentesis no provoca algún riesgo para la madre, así mismo para el producto. Al realizar la amniocentesis se extraen de 15 a 20 milímetros de líquido amniótico, el cual debe ser claro, una muestra con contaminada con sangra por lo general indica la lesión

planetaria y es conveniente realizar alguna prueba para determinar si la sangre es de la madre o fetal. Un líquido verdoso puede indicar muerte fetal, por lo que siempre debe comprobarse la vida fetal, con este procedimiento podemos llegar al estudio de las células del líquido amniótico, que será útil en el diagnóstico prenatal de malformaciones congénitas graves, como malformaciones de anencefalia, espina bifida, etc.

4.3.2. BIOPSIA DE VELLOSIDADES CORIALES

Esta técnica de diagnóstico prenatal esta en la fase experimental pero podría llegar a ser la más usada en el futuro se realiza durante el primer trimestre de la gestación. Los riesgos para la madre son mínimos y para el feto también, pero se ha logrado el diagnóstico prenatal, sobre todo en malformaciones como la de Nuw Laxova.

4.3.3. BIOPSIA CORION

Es un procedimiento que consiste en obtener una muestra de vellosidades coriales, que es el tejido que dará lugar a la placenta, para averiguar el

cariotipo fetal o para el diagnóstico de enfermedades congénitas

***Existen dos técnicas:**

Vaginal: se obtiene la muestra con una pinza o cánula a través del cuello del útero con control eco gráfico continuo

Abdominal: la muestra se obtiene mediante una punción abdominal con una aguja que aspira las vellosidades coriales. También se hace con control eco gráfico continuo.

3.- Esta técnica se realiza a partir de las 10 semanas desde la última regla y el resultado del cariotipo se obtiene en una semana.

4.3.4. FETOSCOPIA

Es la técnica de diagnóstico prenatal más difícil y que implica mayor riesgo para el producto, la fetoscopia tiene tres finalidades 1 visualización del feto, 2 toma de sangre fetal y 3 toma de biopsia fetal.

La toma de sangre fetal por lo general puede llevarse a cabo por dos métodos 1 punción de los vasos del cordón umbilical, 2 aspiración de sangre de la placenta después de la localización mediante el ultrasonido. La obtención de sangre fetal ha servido para el diagnóstico prenatal de malformaciones congénitas.

La biopsia fetal usada con mayor frecuencia es la piel, mediante esta se han diagnosticado algunos defectos de síndromes, por lo tanto la fetoscopia esta indicada cuando no se dispone de otro método como el ultrasonido o la amniosentesis que son menos agresivos para efectuar el diagnóstico prenatal.

La segunda técnica de diagnostico prenatal en la no invasiva, Con esta técnica se trata de detectar anomalías genéticas, enfermedades del metabolismo, infecciones o alguna malformación, se da un resultado sin tener que utilizar un tejido o liquido amniótico, es decir a diferencia de la técnica invasiva, es esta ningún instrumento invade o penetra el cuerpo de la mujer, sino que los estudios son superficiales, es decir, utilizando el ultrasonido, resonancia magnética, entre otros.

4.3.5. ULTRASONIDO

El ultrasonido es un estudio que ha sido perfeccionado en forma importante. Aunque las ondas ultrasónicas pueden tener efectos mínimos en los tejidos humanos, hasta el momento no se a confirmado ningún efecto nocivo.

El ultrasonido es muy útil para determinar la edad gestaciones correcta y embarazos múltiples, causa frecuente de elevación del suero materno. En cuanto a su uso en el diagnostico prenatal de malformaciones congénitas, estas se desglosan según el sistema efectuado como por ejemplo en el sistema nervioso se presenta la anencefalia, hidrocefalia, holoproscefalia, etc.; en el sistema óseo se puede determinar algunas malformaciones como enanismo o algunas otras malformaciones congénitas.

4.3.6. RESONANCIA MAGNETICA Y TOMOGRAFIA

Mediante la ecografía en la gestaste y otros estudios como la R.M (resonancia magnética); TAC.(Tomografía Axial computerizada); AMNIOSCOPIAS Etc... Es posible detectar la mayoría de las malformaciones estructurales en el feto que requerirán ya sea inmediatamente, después del nacimiento o más tardíamente una actuación quirúrgica. El conocimiento de estas malformaciones antes del parto nos ayuda a tener planificados los métodos diagnósticos que nos permitirán determinar lo más rápido posible el alcance de la malformación y poder actuar quirúrgicamente si así lo requiere la malformación congénita.

El cirujano pediatra está continuamente informado de la evolución del feto durante la gestación y planifica conjuntamente con el obstetra y el neonatólogo la posible fecha de nacimiento y así tener todo a punto para que la intervención quirúrgica sea efectiva. En todo momento es posible una consulta al equipo de cirugía para tener un mayor conocimiento de la evolución del desarrollo y posibilidades del feto

4.4. MALFORMACIONES CONGÉNITAS QUIRÚRGICAS NEONATALES URGENTES.

Algunas malformaciones congénitas requieren de la intervención quirúrgica a las pocas horas de nacer y requieren una intervención quirúrgica urgente ya que son incompatibles con la vida. Las más frecuentes son: HERNIA DIAFRAGMÁTICA, contenido intestinal en el tórax:

ONFALOCELE/GASTROSQUISIS: Los intestinos se encuentran fuera del abdomen, ya que no se fusiona la pared abdominal.

ATRÉSIA DE ESÓFAGO: El conducto o tubo esofágico se encuentra cerrado u obstruido en alguno de su porción.

ATRÉSIAS INTESTINALES: El intestino se encuentra cerrado u obstruido en alguna porción.

MALFORMACIONES ANALES. No existe ano o este esta colocado fuera de su sitio normal.

MALFORMACIONES INTESTINALES: los intestinos están mal colocados dentro de la cavidad abdominal y aparece una oclusión intestinal.(dificultad de paso).

ESPINA BÍFIDA- MIELOMENINGOCELE: Falta de fusión de las vértebras (porción dorsal), saliendo la medula espinal.

La mayoría de las enfermedades congénitas quirúrgicas es posible detectarlas mediante la ecografía prenatal y otras técnicas de diagnostico prenatal.

4.5. INTERVENCIONES PROGRAMADAS DEL NIÑO (Mas frecuentes)

Como hemos visto, hay malformaciones en las que el producto no se podrá lograr, así mismo también hay infinidad de malformaciones congénitas en las que el producto tendrá la oportunidad de vivir, pero en muchos de los casos es necesario la intervención inmediata de los médicos o especialistas para que éstos puedan sobrevivir, algunas de las intervenciones quirúrgicas de las malformaciones congénitas más frecuentes son:

Hernias inguinales. Son muy frecuentes 1/25 en niños y 1/50 en niñas.

Hernias inguinales. Son muy frecuentes 1/25 en niños y 1/50 en niñas.

Hernias umbilicales.- Criptorquidias o testículos no descendidos a bolsas escrútales.

Hipospadias: malformación del pené que se caracteriza por la ausencia del meato uretral en la punta del glande, en casos muy graves puede localizarse incluso en el escroto o cerca del ano.

CONCLUSIONES

Al elaborar estas conclusiones no pretendo que sea una verdad absoluta, lo cierto es que mucha gente no están en favor del aborto, y tal vez todos pensemos o deseemos que ninguna mujer se vea en la necesidad de abortar, pero que sucede si en nuestro estado son pocas las salvedades que concede la ley para llevar a cabo un aborto sin que este no sea punible. El aborto en nuestra sociedad constituye por una parte un severo problema de salud pública, pues en muchos casos se realizan en condiciones tales que lo vuelven un procedimiento inseguro que ponen en riesgo la salud y la vida de la mujer, la clandestinidad en los que efectúan los procedimientos de interrupción de un embarazo impiden estimar con precisión los índices de mortalidad que originan, ya que no todas las mujeres que abortan acuden a hospitales y solo lo hacen cuando las complicaciones son graves. Algunas se curan sin ayuda medica, otras van con médicos privados, muchas quedan con lesiones permanentes y otras muere, lo que sucede es que hay situaciones en que las mujeres no saben que sufrieron un aborto y estas lo confunden con una menstruación retardada, o cuando saben que es un aborto por que se lo provocaron y tienen complicaciones, al practicárselo en lugares insalubres o con gente que no tiene experiencia es cuando acuden a un hospital.

La penalización del aborto en el Estado no es una autentica respuesta jurídica a una problemática social, a nuestro entender se requiere de reformas semejantes a las practicadas dentro del país y de los cuales actualmente son diez los estados que practican el aborto eugenésico o con malformaciones congénitas sin que este tenga alguna consecuencia jurídica, más sin embargo al contar con una excusa absolutoria de esta índole dentro de nuestra legislación penal cabria también mencionar cuales serían las malformaciones congénitas de las cuales operaria el aborto por problemas congénitos, pues tenemos la certeza de que penalizar el aborto no conduce a ninguna parte y sí agrava los problema que se pretenden solucionar. Si el desuso fuera causa de derogación de las leyes, el actual tipo penal de aborto sería obsoleto, más sin embargo no se trata de eso, sino que conscientícemos que no es razonable que se fuerce a persona alguna a la paternidad o a la maternidad cuando se sabe que el producto presenta malformaciones congénitas.

A las anomalías o malformaciones hereditarias originadas por los genes de los padres se agregan, a la malformación fetal, las pertubaciones sufridas por el embrión durante su desarrollo intrauterino y las anomalías cromo somáticas debidas a accidentes en el

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

tiempo de la fecundación. La indicación suele basarse en una serie de consecuencias y que actualmente existen varios procedimientos totalmente eficaces para determinar si el producto tiene alguna malformación congénita, de que tipo y en consecuencia que tan grave es la misma, estamos hablando de los diagnósticos prenatales.

Las malformaciones congénitas son indeterminadas, pero podemos determinar cuales son aquellas donde el producto por la gravedad de esta no se podrá lograr, es decir que morirá dentro del seno materno o en le caso de que naciera sepamos que morirá dentro del período neonatal inmediato, es por ello que debemos contar con una justificante dentro de nuestra legislación donde le permita aborta a la mujer cuando su producto tiene malformaciones congénitas de esta índole, pues sería injusto que a sabiendas que su producto morirá no le permitan practicarse un aborto y que este sólo sea cuando ya no tenga vida, consecuentemente pudiéndole provocar una daño en su salud.

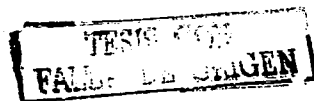
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

BIBLIOGRAFÍA

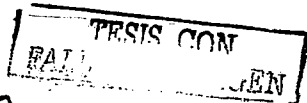
- **CARRANCA Y TRUJILLO RAUL**, Derecho Penal Mexicano, parte general, Décima Segunda Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1977.
- **CASTELLANOS FERNANDO**, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Trigésima Tercera Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1993.
- **CUELLO CALON**, Derecho Penal, Tomo I, Volumen I, Décima Sexta Edición, Editorial Bosch Casa, Barcelona.
- **DE KENNOTH L. JONES**, Atlas de Malformaciones Congénitas, Cuarta Edición, Editorial Inter.-Americana Mc Graw-Hill, México 1990.
- **DE LA BARREA SOLÓRZANO LUIS**, El Delito de Aborto, una Careta de Buena Conciencia, Primera Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1991.
- **DE PINA VARA RAFAEL**, Diccionario de Derecho, decimaséptima Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1991.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- **GARCIA MAYNEZ EDUARDO**, Introducción al Estudio del Derecho, Cuadragésimo Segunda Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1991.
- **GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO**, Derecho Penal Mexicano, segunda edición, Editorial Porrúa, México 1991.
- **GONZALEZ QUINTANILLA**, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa S.A., México 1993.
- **GUIZAR VAZQUEZ J. JESÚS**, Genética Clínica, Editorial Manual Moderno S.A., México 1991.
- **JIMÉNEZ DE ASUA**, La Ley y del Delito, Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1990.
- **LOPEZ BETANCOURT**, Teoría del Delito, Séptima Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1999.
- **MORENO MOISÉS**, Teoría del Delito, Editorial Porrúa S.A., México 1975.
- **ORTIZ ORTEGA ADRIANA**, Razones y Pasiones en Torno al Aborto, Editorial Edamex, México 1994.



- PAVON VAZCONCELOS FRANCISCO, Manal de Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa S.A., México 1967.
- PRECIADO HERNÁNDEZ RAFAEL, Lecciones de Filosofía del Derecho, Segunda Edición, UNAM, México 1986.
- RAMOS EUSEBIO, La Despenalización del Delito de Aborto como Delito sin Víctima, Editorial Sista, México 1992.
- RECASENS SICHES LUIS, Tratado General de Filosofía del Derecho, Séptima Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1981.
- ROJAS AMANI VICTOR MANUEL, Filosofía del Derecho, Segunda Edición, Editorial Harla, México 1996.



LEGISLACION

Código Penal del Estado de Guanajuato.
Código Penal para el Estado de Coahuila.
Código Penal para el Estado de Colima.
Código Penal para el Estado de Puebla.
Código Penal para el Estado de Quintana Roo.
Código Penal para el Estado de Yucatán.
Código Penal para el Estado de Durango.
Código Penal para el Distrito Federal.

OTRAS FUENTES

- CLINICAS DE PERINATOLOGIA, VOLUMEN I y II,
Editorial Inter.-Americana, México 1982.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN