



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO**

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

**“ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE
INSEMINACIÓN ARTIFICIAL NO CONSENTIDA”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADA
EN DERECHO PRESENTA:**

GABRIELA BALTAZAR TORRES

ASESOR: DR. ARTURO GARCÍA JIMÉNEZ



Ciudad Universitaria,

2011.



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.

DOY INFINITAS GRACIAS...

A Dios, por el camino que me ha permitido recorrer ...

A mi querida Universidad por acogerme y darme motivación en la búsqueda del saber...

A mi invaluable Facultad, por otorgarme grandes profesores e instrumentos necesarios para la culminación de la presente tesis...

A mi Asesor el Doctor Arturo García Jiménez por transmitirme sus conocimientos y dedicar su valioso tiempo en la dirección del presente trabajo...

A mi hijo, por ser mi fuerza y templanza...

A mis padres, por su amor y apoyo incondicional en todo momento...

Y a todas las personas que me impulsaron y ayudaron para lograr la conclusión de una meta más en mi trayectoria profesional y humana...

ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL NO CONSENTIDA

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	I
--------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO CONSIDERACIONES GENERALES

1.1. La inseminación artificial	1
1.2. Especies	17
1.3. Características	18
1.4. El delito y su estructura	27
1.5. Tendencias en la teoría del delito	39
1.6. Dogmática penal	51

CAPÍTULO SEGUNDO ESTRUCTURA FINAL DEL DELITO

2.1. La acción final y su ausencia	54
2.2. Tipicidad y su aspecto negativo	67
2.3. Antijuridicidad y causas de licitud	75
2.4. Culpabilidad e inculpabilidad	94
2.5. Punibilidad	116
2.6. Tentativa	127
2.7. Concurso de delitos	137

CAPÍTULO TERCERO
ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL
NO CONSENTIDA, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 150 DEL CÓDIGO
PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

3.1. La acción final.- La inseminación artificial	149
3.2. Tipicidad.- Adecuación a lo descrito en el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal	164
A) Elementos del tipo.- Acción final; sujeto activo; sujeto pasivo; bien jurídico; objeto material; elementos normativos; referencia a otro hecho punible	165
B) Clasificación en orden al tipo del delito en estudio	173
3.3. Antijuridicidad.- Valores éticos sociales del tipo penal	174
3.4. Culpabilidad en el delito de inseminación artificial no consentida.	176
A) Imputabilidad	178
B) Exigibilidad	178
C) Reprochabilidad	179
D) Motivación	179
3.5. Punibilidad	182
3.6. Tentativa en el delito en estudio	185
3.7. Concurso de delitos en la figura típica	194

CAPÍTULO CUARTO
ASPECTO NEGATIVO DE LOS ELEMENTOS
DEL DELITO EN ESTUDIO

4.1. Ausencia de conducta.- Hipótesis	214
4.2. Atipicidad.- Hipótesis y consecuencias	218
4.3. Causas de licitud.- Hipótesis	228
4.4. Inculpabilidad.- Causas.- Hipótesis	234
4.5. Las excusas absolutorias	238

4.6. Desistimiento y arrepentimiento	239
CONCLUSIONES.	244
PROPUESTA	248
BIBLIOGRAFÍA	252

INTRODUCCIÓN

A través del tiempo el hombre se ha interesado por dar soluciones a los problemas que aquejan a la sociedad con el fin de perpetuar su especie, entre dichos males ocupan un primerísimo lugar los padecimientos o enfermedades que sufre el hombre, por lo cual se han realizado estudios, investigaciones y experimentos respecto a las diferentes manifestaciones que ocurren en el cuerpo humano.

De tal suerte que en este último siglo, se ha verificado un gran avance en el rubro de las ciencias medicas y de manera significativa en países del primer mundo como Gran Bretaña, Suecia y España, descubrimientos que repercuten en nuestro país y son utilizados para salvaguardar los intereses de sus habitantes.

Entre éstos descubrimientos se encuentran los de la “reproducción asistida”, incluyendo el tema en estudio de “inseminación artificial”; brindando un inmenso apoyo para aquéllas parejas que viven en matrimonio, en concubinato, o en unión libre y que no han podido concebir; además, investigaciones que han beneficiado a mujeres que sin tener alguna pareja estable, han decidido ser madres por medio de algún procedimiento médico como lo es la inseminación artificial.

La evolución de la “reproducción asistida” ha traído como consecuencia que ciertas situaciones o comportamientos humanos no se encuentren contemplados en nuestra legislación mexicana, incluyendo la del Distrito Federal, por lo que el legislador se ve obligado a crear, derogar o adicionar normas que den soluciones a los conflictos que se presentan, ya que una vez que existe un conflicto de ésta naturaleza, el Estado debe velar por la seguridad de las personas, indicando mediante las disposiciones jurídicas, sí alguna conducta se encuentra lesionando

los intereses de la sociedad, y en caso de que así sea, establecer las conductas que deben ser sancionadas por ir en contra de las garantías individuales que protegen al hombre.

Siendo de tal relevancia la protección de los derechos individuales, que no se puede dejar a un lado lo que nuestra Carta Magna establece en su artículo 4, el “Derecho a la Protección de la Salud”, uno de las garantías fundamentales de toda mujer para decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos; garantía fundamental que se relaciona de manera directa con el tema en estudio, ya que toda persona tiene derecho a decidir sobre si desea o no tener hijos mediante una inseminación practicada en ella de manera artificial. De ahí la inquietud de realizar un estudio dogmático del delito de inseminación artificial, previsto en el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal.

Por tanto, en el desarrollo del presente trabajo se ha realizado un análisis de los diversos estudios médicos respecto al tema de inseminación artificial, se indaga en lo que diversos cuerpos legislativos prevén, como la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código Penal para el Distrito Federal, leyes y reglamentos en materia de salud.

Es así como en el Primer Capítulo se da una explicación del tema de inseminación artificial, en donde se encontraran diversos conceptos médicos que se utilizan en el tema de la fecundación. Una vez entendida la manera en que se lleva a cabo la fecundación, se expone una reseña histórica de la inseminación artificial, la cual fue llevada a cabo al principio en animales para de esa forma obtener especies con mejores características, para posteriormente llevarla a cabo en seres humanos.

Se expone la manera en que una pareja puede otorgar su consentimiento para que le sea practicada una inseminación artificial, con fundamento en el Reglamento General de Salud en Materia de Investigación para la Salud; analizando por supuesto lo que la Ley General de Salud establece, se hace una comparación entre la Ley General de Salud con el Código Penal para el Distrito Federal, las contradicciones que entre ellas existe, y las diversas sanciones que cada cuerpo normativo establece al considerar a la inseminación artificial como delito.

En virtud de que la inseminación artificial puede realizarse con semen de la pareja, ya sea del marido, del concubinario o de la pareja estable, se le conoce con el termino de inseminación artificial homóloga; mientras que la inseminación realizada con semen de un donante se le conoce como inseminación artificial heteróloga; conceptos que son ampliamente explicados en el Primer Capítulo, al igual que los casos bajo los cuales se lleva a cabo una inseminación artificial en cualquiera de sus modalidades homóloga o heteróloga y, no podía faltar el exponer las diversas formas de llevar a cabo la inseminación artificial como lo es su forma intravaginal, intracervical, intrauterina e intratubárica.

A efecto de comprender el tema en estudio de análisis dogmático del delito de inseminación artificial previsto en el Código Penal para el Distrito Federal, también en el Primer Capítulo, se lleva a cabo un estudio respecto al concepto y estructura del concepto “delito”, haciendo hincapié en lo que diversos estudiosos del derecho han considerado, así como lo que el Código Penal Federal y el Código Penal para el Distrito Federal establecen. Se estudian las diversas tendencias así como lo que sus exponentes han mencionado en lo concerniente a la teoría del delito, como lo es el causalismo, finalismo, modelo lógico e imputación objetiva.

Siguiendo con el estudio del delito, se expone el tema de la dogmática penal, interpretando el concepto de “dogma” en su significado etimológico y en el

campo del derecho penal, para entender el motivo por el cual se le ha nombrado al presente trabajo de investigación como “estudio dogmático del delito de inseminación artificial no consentida”.

Asimismo, se explican los elementos del delito siendo la conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad, sin los cuales, al faltar alguno de ellos, el delito no puede configurarse, le son indispensables para su existencia, de ahí la importancia de conocer lo que cada uno de estos engloba. Y por supuesto no podían faltar sus elementos negativos denominados en orden de prelación lógica como: ausencia de conducta, atipicidad, causas de licitud, inimputabilidad, inculpabilidad y las excusas absolutorias; explicando lo que la Legislación Penal Federal y Local establecen.

Para realizar un estudio dogmático del delito en estudio, resulta importante verificar lo que nuestra legislación penal señala por cuanto hace a la tentativa, en donde se explican las fases conformadoras del delito. Y dentro de este apartado se expone lo que se entiende por desistimiento y arrepentimiento en el campo del derecho penal y en lo particular en la legislación Federal y Local, haciendo la diferencia sustancial con la figura jurídica de la tentativa.

Continuando con el Capítulo Segundo, se realiza una explicación en lo concerniente al concurso de delitos, en sus diversas modalidades, dando un concepto del mismo y exponiendo diversos ejemplos para lograr un mayor entendimiento, así como lo que estudiosos del derecho han opinado, y lo que la legislación ha recogido en sus códigos penales tanto Federal como del Distrito Federal.

Se aterrizan en el Capítulo Tercero las ideas expresadas en los anteriores apartados, para llegar al análisis dogmático del delito de inseminación artificial, previsto en el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal, una de las

piezas medulares en la presente tesis, en donde se enfocan los principios de la teoría general del delito, para desentrañar el contenido del ilícito en comento, explicando cada elemento que lo conforma y las hipótesis que lo constituyen.

Asimismo, se analiza el artículo 153 del Código Penal para el Distrito Federal, en donde se establece la querrela necesaria en el delito de inseminación artificial no consentida como requisito de procedibilidad en caso de que entre el sujeto activo y pasivo exista relación de matrimonio, concubinato o bien, relación de pareja, situación por la cual se explica ampliamente lo establecido en la legislación civil del Distrito Federal por cuanto hace a las figuras de matrimonio y concubinato; en tanto que la relación de pareja se analiza en la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal; teniendo un panorama general del alcance jurídico que representa éste tipo de supuestos.

No se deja de lado lo que establecen los artículos 150 párrafo *in fine* y 152 del Código Penal para el Distrito Federal, los cuales imponen agravantes al delito de inseminación artificial no consentida, el primero de ellos en lo que respecta a la violencia utilizada para llevar a cabo la inseminación artificial o cuando resulta un embarazo producto de la misma; mientras el segundo artículo indica como agravante que el sujeto activo tenga una profesión o que se desempeñe con algún cargo de servidor público.

Surge un análisis pormenorizado del delito de inseminación artificial no consentida cuando tiene lugar el concurso de delitos, por lo cual se expone conjuntamente con los delitos de lesiones y peligro de contagio. Analizando además la ausencia del concurso de delitos del ilícito de inseminación artificial con el de violación y con el de abuso sexual.

Finalmente, los principios explicados en el Capítulo Primero y Segundo, son retomados en el Capítulo Cuarto, en donde se realiza un estudio de los elementos

negativos del ilícito en estudio, siendo la ausencia de conducta, atipicidad, causas de licitud, inimputabilidad, inculpabilidad y las excusas absolutorias, ejemplificando supuestos en los que pudiera presentarse algún elemento negativo del delito. Culminando el presente trabajo de investigación se analizan los temas de desistimiento y arrepentimiento en la figura delictiva en estudio.

CAPÍTULO PRIMERO

CONSIDERACIONES GENERALES

1.1. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Para abordar el estudio de la inseminación artificial, resulta necesario indicar que la palabra inseminar proviene “del latín *insemináre*, que significa verter el semen o semilla.”¹

Terminológicamente inseminación artificial “...es un método o artificio distinto a los usados por la naturaleza, para lograr introducir el esperma en el interior de los órganos genitales de la mujer.”²

La inseminación artificial, es una de las formas de reproducción asistida que tiene por objeto llevar a cabo la fecundación sin que exista una relación sexual, ya que mediante un acto médico se introduce esperma en el aparato genital de la mujer, éste depósito se puede llevar a cabo en óvulos (intrafolicular), en el útero, en el cérvix o en las trompas de Falopio.

Se tiene que la inseminación artificial es un “procedimiento artificial en cuanto a la manera de obtenerse el esperma y por su introducción en el cuerpo de la mujer; pero lo demás, la fecundación y el proceso posterior de multiplicación celular, es natural.”³

¹ GARCÍA DE DIEGO, Vicente. Diccionario Etimológico Español e Hispano. Editorial S.A.E.T.A. Madrid, 1954. pág. 335.

² SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Biogenética, Filiación y Delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1990. pág. 19.

³ CÓRDOBA, Jorge Eduardo y Julio C. Sánchez Torres. Fecundación Humana Asistida. Aspectos Jurídicos Emergentes. Alveroni Ediciones. Argentina, 2000. pág. 25.

Se suele denominar a la inseminación artificial y a la fecundación artificial y/o fecundación asistida como sinónimos, pero esto resulta erróneo, en virtud de que el principal objetivo de la inseminación artificial es lograr una fecundación, es decir, que aquí lo único artificial es la forma de inseminar; en cambio, si hablamos de fecundación, ésta se refiere propiamente a lo se logra con el instrumento de la inseminación que sí es artificial; ya que al lograr de manera artificiosa la inseminación y conseguir una fecundación, ésta última se desarrolla naturalmente en sus diversas etapas. Lo correcto es nombrar “artificial” solo a la manera de inseminar, por eso la denominación de “inseminación artificial” y resulta incorrecto nombrarle como “fecundación artificial” y/o “fecundación asistida.”

Entre los diversos tipos de reproducción asistida se encuentra el tema en estudio de INSEMINACIÓN ARTIFICIAL; existiendo también la inseminación artificial in vitro, que “es la realizada en un laboratorio especializado para tales efectos y también llamada extracorpórea ya que se realiza en un inició fuera del aparato reproductor femenino.”⁴

Asimismo se tiene a la “transferencia intratubárica de gametos; la transferencia intratubárica de cigotos; la inseminación subzonal de espermias; la disección parcial de la zona; la crioperservación de gametos de embriones; el diagnóstico genético preimplantado.”⁵

Sin embargo, en el presente trabajo se atenderá a la inseminación artificial como forma de reproducción asistida, para lo cual resulta de suma trascendencia explicar algunos términos médicos para entender la forma en que se consigue la fecundación, que es lo que se busca lograr al llevar a cabo una inseminación de manera artificial.

⁴ MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria. **Nuevas Formas de Procreación y el Derecho Penal. Protección Jurídica de la Entidad Humana en Desarrollo. Distintos Enfoques Sobre Procreación Asistida. Ingeniería y Manipulación Genética. Encuadre Jurídico.** Editorial AD-HOC S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 2001. pág. 51.

⁵ CARRANZA LIRA, Sebastián. **Fundamentos de Endocrinología Ginecológica y Reproductiva.** Editorial Masson Doyma México, 2003. pág. 217.

Gameto es una célula, que en el caso de ser masculina estamos refiriéndonos al espermatozoide y femenina al óvulo. “El espermatozoide es una de las células más pequeñas con que cuenta el individuo masculino, se encuentra conformado por una cabeza donde contiene el llamado núcleo en el que mantiene el material genético para la creación humana, y además también se encuentra el llamado acrosoma, que es aquella estructura que le sirve para penetrar en la cubierta del óvulo, y finalmente cuenta con una cola o flagelo que es lo que le permite desplazarse desde el órgano genital femenino, donde es depositado durante el coito hasta el tercio externo de la trompa de Falopio donde se encontrara con el óvulo. En cambio, el óvulo es una célula unas veinte veces más grande que el diámetro del espermatozoide, contiene un núcleo que al igual que el espermatozoide guarda material genético. Una vez que se da la penetración de la cabeza del espermatozoide en el óvulo comienza la fecundación o también llamada impregnación, es el momento en que se da una organización de ambos núcleos en el interior de la célula y hay unión del material genético, dando origen a cuarenta y ocho cromosomas de los cuales dos de estos cromosomas se les denomina XX en el caso de la mujer, o XY en el caso del masculino.”⁶

De éstas ideas se puede puntualizar que la fecundación se presenta cuando hay una fusión por penetración del gameto masculino (espermatozoide), en el óvulo, ya sea dentro del seno materno o bien fuera del mismo, dependiendo que tipo de método se utilice para lograr la fecundación, pero una vez que hay está fusión, ahora lo que produce es el llamado huevo o bien cigoto, considerada como la primera célula del nuevo organismo vivo. Entonces el producto de la concepción se le llama cigoto, y una vez que empieza ésta “vida” y transcurren noventa días, su denominación será la de “embrión.”⁷

Para mayor comprensión del tema, a continuación se expone una breve reseña histórica de la inseminación artificial:

⁶ ROMERO GÓMEZ, Francisco Javier. Genética y Derecho. Cuadernos de Derecho Judicial VI. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial. Madrid, 2004. págs. 11-12.

⁷ TORTORA J., Gerard y Nocholas P. Anagnostakos. Principios de Anatomía y Fisiología. Quinta edición. Editorial Harla. México, 1989. pág. 964.

Esta forma de reproducción asistida, fue utilizada en un inicio por los árabes teniéndose conocimiento que “en el año de 1322 un árabe de la Ciudad de Daifur tenía el propósito de obtener un caballo con las cualidades de uno que tenía su enemigo, por lo cual se avocó a obtener semen de ese caballo de manera clandestina y lo hizo introducir en una de sus mejores yeguas, consiguiendo de esa manera su objetivo.”⁸

Por lo que respecta a seres humanos, se tiene conocimiento que “la primera inseminación artificial fue realizada en España en el siglo VI, es decir en la Edad Media, llevada a cabo por Arnaud de Villeneuve, quien se desempeñaba como médico de Reyes y Papas, y que dicha inseminación artificial la practicó en Doña Juana de Portugal, segunda esposa del Rey Enrique IV de Castilla (conocido como "el impotente"), utilizando semen de su esposo, pero que no tuvo éxito en virtud de que el rey era estéril.”⁹

En 1779, el sacerdote y fisiólogo italiano Lázaro Spallanzani demostró que debía existir contacto físico entre el huevo y el espermatozoide para que se desarrollara el embrión, “en esos tiempos se creía que el embrión era producto de la semilla masculina, nutrido en el suelo de la mujer, por lo que Spallanzani realizó diversas prácticas en vivíparos como peces y anfibios, y finalmente de una perra de la raza denominada Barbets nacieron tres crías.”¹⁰

Además, el mismo Lázaro Spallanzani “durante varios años estuvo realizando diversos experimentos para poder mantener con vida los espermatozoides a bajas temperaturas.”¹¹

⁸ REVERTE COMA, José Manuel. **Las Fronteras de la Medicina: Límites éticos, científicos y jurídicos.** Ediciones Díaz de Santos. Madrid, España, 1983. pág. 37.

⁹ GISBERT, Calabuig. **Medicina Legal y Toxicología.** Sexta edición. Editorial Elsevier. Barcelona, España, 2005. pág. 603.

¹⁰ TARASCO, Martha y Javier Marcó. **Diez Temas de Reproducción Asistida.** Ediciones Internacionales Universitarias. Madrid, España, 2001. pág. 14.

¹¹ GISBERT, Calabuig. *Op. cit.* pág. 603.

“En 1866 J. Mario Sims, en Estados Unidos, propuso la inyección de semen en el canal cervical y, en 1873 Roubaud de la Academia de Medicina en París presentó una jeringa que se podía utilizar para estas prácticas. Es hasta 1883 que Girault refiere que en Francia ya se habían realizado diez casos de inseminación artificial mediante la inyección de espermatozoides en el cuello uterino.”¹²

“Los esfuerzos para desarrollar técnicas modernas de inseminación artificial comenzaron en Rusia en 1899. Se tiene constancia de la inseminación artificial de un caballo realizada con éxito en 1922. Hacia el año 1950, la inseminación artificial se convirtió en una industria establecida: en 1949 aparecieron métodos de congelación y descongelación del espermatozoides, descubriendo Ponge que el glicerol protege los espermatozoides frente a las bajas temperaturas.”¹³

El 25 de julio de 1978, se dio el primer caso de “bebé probeta”, en el Hospital de Bourn Hall, cercano a Manchester, —aunque María Carcaba Fernández¹⁴ indica que esto sucedió en la misma fecha, pero en el hospital de Manchester— donde la señora Lesley Brown de treinta años, da a luz a la que también dieran por nombre Lesley Brown. Y en 1997 se lleva a cabo la primera clonación de animales en el Instituto Roslin Escocia, Gran Bretaña denominada “oveja Dolly.”¹⁵

Como se puede observar, la tecnología ha registrado grandes avances en lo que respecta al tema de reproducción asistida y por tanto, en lo concerniente a la inseminación artificial, mismos que continúan de manifiesto, de ahí que el legislador no tiene la posibilidad de que con la creación de una determinada normatividad se frene dicho avance, pero si está en sus manos establecer un marco regulador de los nuevos descubrimientos, el cual debe ser apto para la sociedad a la que va dirigida, y de ser posible que vaya acorde a los valores éticos

¹² GISBERT, Calabuig. Medicina Legal y Toxicología. Op. cit. pág. 603.

¹³ *Idem*.

¹⁴ CARCABA FERNÁNDEZ, María. Los Problemas Jurídicos Planteados por las Nuevas Técnicas de Procreación Asistida. J. M. Bosch Editor, S.A. Barcelona, 1995. pág. 14.

¹⁵ TARASCO, Martha y Javier Marcó. Diez Temas de Reproducción Asistida. Op. cit. pág. 15.

que imperen en la misma, aunque no siempre es posible, ya que incluso la iglesia se encuentra en contra de la inseminación artificial por considerar que el hombre no tiene la facultad de sobrepasar la ley de Dios.

Lo que se puede sostener, es que la inseminación artificial es una gran solución para las diversas formas de esterilidad que padecen los seres humanos, evitando así el sufrimiento de personas que cuentan con alguna imposibilidad para engendrar y a pesar de contar con la opción de acudir a la figura jurídica de la adopción, persisten en su afán de conseguir una familia que sólo sea producto de su estirpe genética, por lo que han tomado a la inseminación artificial como la única opción de formar una familia y continuar con su proyecto de vida.

En atención a lo anterior, cabe indicar que la “esterilidad” es considerada como “la incapacidad que tiene el ser humano para lograr su reproducción; se presenta tanto en el hombre como en la mujer, y puede ser absoluta o relativa. La esterilidad absoluta es aquella que no tiene posibilidad de tratamiento y tampoco de regresión o curación espontánea y que impide totalmente la fecundidad, por lo tanto también se le llama esterilidad permanente. Mientras que la esterilidad relativa es aquella que puede desaparecer espontáneamente; es considerada también como relativa cuando no determina una imposibilidad completa de fecundar.”¹⁶

Se tiene además a la esterilidad primaria y esterilidad secundaria; “la denominada esterilidad primaria se presenta cuando una pareja lleva más de año y medio de mantener relaciones sexuales sin ningún tipo de medidas anticonceptivas y no ha conseguido gestación alguna; mientras que esterilidad secundaria se presenta cuando, una vez que una pareja ha concebido un primer

¹⁶ BOTELLA LLUSIÁ, José y José A. Clavero Núñez. Tratado de Ginecología. Fisiología, Obstetricia, Perinatología, Ginecología, Reproducción. Catorceava edición. Ediciones Díaz de Santos, S.A. Madrid, España, 1993. pág. 987.

hijo, no logra otra nueva gestación en los dos o tres años siguientes de haber estado manteniendo relaciones sexuales sin ningún tipo de protección.”¹⁷

De manera incorrecta se habla de esterilidad e infertilidad como sinónimos sin embargo, “el termino infertilidad se utiliza en aquellos casos en los que sí se han producido gestaciones pero se han perdido en los primeros meses de embarazo. Sin embargo, aquéllas mujeres que son estériles o bien infértiles tienen la posibilidad de que se les realice los estudios médicos pertinentes y se lleve a cabo en ellas una fecundación a través de la inseminación artificial.”¹⁸

En la actualidad nuestra legislación mexicana regula a la inseminación artificial en diversos cuerpos legales; en primer lugar se tiene el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en donde establece que: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos..."¹⁹

Por otro lado, la Ley General de Salud, reglamentaria del mismo artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 07 de febrero de 1984, iniciando su vigencia el 1o. de julio del mismo año; establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social, contiene el marco legal para la regulación de la inseminación artificial, en el Título Décimo Octavo denominado “Medidas de Seguridad, Sanciones y Delitos” en su Capítulo VI denominado “Delitos”, en donde en su artículo 466 establece:

¹⁷ Clínica Eugin. Artículo.- ¿Qué diferencia hay entre esterilidad e infertilidad? [en línea]. <http://www.eugin.net/faq/Qu%C3%A9_diferencia_hay_entre_esterilidad_e_infertilidad_/faqs_detalle.html?id=17> Fecha de consulta.- 06 de septiembre del 2010.

¹⁸ BESTARD CAMPS, Joan, *et al.* Parentesco y Reproducción Asistida: Cuerpo, Persona y Relaciones. (Estudis d' Antrologia Social i cultural; 9). Editorial Universitat de Barcelona. España, 2003. pág. 43.

¹⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Isef, S.A. de C.V. México, 2011. pág. 8.

“Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.”²⁰

Mientras que el Código Penal para el Distrito Federal establece en el Libro Segundo Parte Especial en su Título Segundo denominado “Procreación Asistida, Inseminación Artificial y Manipulación Genética”, en su Capítulo I “Procreación Asistida e Inseminación Artificial” artículo 150, el ilícito de inseminación artificial no consentida al señalar:

“A quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, se le impondrán de tres a siete años de prisión.

Si la inseminación se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, se impondrá de cinco a catorce años de prisión.”²¹

Como se puede apreciar de los numerales vertidos con anterioridad, la Ley General de Salud establece como delito la realización de la inseminación artificial cuando falta consentimiento de la mujer que es mayor de edad, o cuando hay consentimiento de una menor o de una incapaz, estableciendo como pena de prisión de uno a tres años en caso de que no haya embarazo, porque en caso de que exista embarazo, la sanción será de dos a ocho años de prisión, además

²⁰ Instituto de Investigaciones Jurídicas. [Legislación Federal](http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/176.htm?s=>). [en línea].

<<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/176.htm?s=>> Fecha de consulta 28 de septiembre del 2011.

²¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas. [Legislación Local](http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/323/157.htm?s=>). [en línea].

<<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/323/157.htm?s=>> Fecha de consulta 28 de septiembre del 2011.

establece que la mujer podrá consentir que se le practique una inseminación artificial pero sólo con autorización de su cónyuge; mientras el Código Penal para el Distrito Federal además de éstos sujetos pasivos, agrega la inseminación artificial que es practicada en una mujer que se encuentre incapaz para resistirlo, imponiendo una pena de prisión de tres a siete años.

Contando además con el “Reglamento General de Salud en Materia de Investigación para la Salud”, el cual tiene por objeto proveer, en la esfera administrativa, el cumplimiento de la Ley General de Salud en lo referente a la investigación para la salud en los sectores público, social y privado. Es de aplicación en todo el territorio nacional y sus disposiciones son de orden público e interés social.

El Reglamento General de Salud en Materia de Investigación para la Salud en su capítulo IV, denominado: “De la Investigación en Mujeres en Edad Fértil, Embarazadas, Durante el Trabajo de Parto, Puerperio, Lactancia y Recién Nacidos; de la Utilización de Embriones, Óbitos y Fetos y de la Fertilización Asistida” en su artículo 40 fracción XI establece lo siguiente:

“Para los efectos de este Reglamento se entiende por:

(...)

XI. Fertilización asistida.- Es aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro.”²²

Apreciándose que el Reglamento General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, no explica cuáles son esos métodos de inseminación artificial y de fertilización in vitro, sólo menciona que efectivamente la inseminación artificial es una forma de reproducción asistida, llamándole fertilización asistida,

²² **Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud. Diario Oficial de la Federación.** [en línea]. <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/Combo/R-123.pdf>> Fecha de consulta 28 de septiembre del 2011.

siendo de dos tipos homóloga y heteróloga y existiendo además la fertilización in vitro, sin preocuparse por señalar qué son estos tipos de procreación, o bien cuál es la diferencia entre uno y otro. Situación que es fundamental ya que a efecto de evitar confusiones, debe dar un concepto de fertilización asistida, mencionando qué es lo que comprende y sus características y de ahí desprender los tipos de fertilización, siendo la inseminación artificial y la fertilización in vitro, señalando además el concepto de éstas últimas, por lo que se aprecia que aunque hay una regulación de la inseminación artificial a nivel Federal, el Reglamento resulta poco claro respecto a éste tema.

Por otro lado, se tiene que los requisitos para llevar a cabo una inseminación artificial se encuentran establecidos en el mismo Reglamento General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, en donde en su artículo 43 indica que para poder llevar a cabo una inseminación artificial, se requiere una carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario, previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido en su caso. El consentimiento del cónyuge o concubinario sólo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo; porque el concubinario no se haga cargo de la mujer o bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido.²³

En sus artículos 21 y 22 el Reglamento General de Salud en Materia de Investigación para la Salud establece los lineamientos respecto al consentimiento por escrito para la realización de la inseminación artificial, que entre otros consiste en: que la persona en la que se realizará la inseminación artificial o su representante legal reciba una explicación clara y completa de los objetivos a seguir, los procedimientos que se utilizarán; la libertad para retirar su consentimiento en cualquier momento; indemnización que en su caso podría otorgársele; dicho documento deberá ser revisado por una Comisión de Ética;

²³ **Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud. Diario Oficial de la Federación.** [en línea]. *Op. cit.* Fecha de consulta 28 de septiembre del 2011.

firmaran dos testigos que tengan relación con la persona en la que se realizara la inseminación artificial, y por éste último o su representante legal, o en su defecto colocará su huella digital.²⁴

En las legislaciones indicadas, como lo es la Ley General de Salud, su Reglamento y el Código Penal para el Distrito Federal, no especifican la edad en la cual la mujer puede autorizar legalmente que se le practique la inseminación artificial; sin embargo como se ha visto, el Código Penal para el Distrito Federal y la Ley General de Salud establecen los casos en los cuales se considera que la práctica de la inseminación artificial es constitutiva de delito, de entre dichos casos se encuentra la inseminación artificial realizada en una menor de edad o incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, de lo que se desprende que la mujer podrá autorizar la practica en ella de una inseminación artificial, cuando tenga la mayoría de edad y no sea una incapaz mental, ni se encuentre en incapacidad para resistir el hecho.

Existe la posibilidad de que se realice inseminación artificial en una mujer casada, que viva en concubinato o con una pareja estable, sólo con el consentimiento de ésta y sin que el esposo o el concubino o pareja lo hubiere autorizado, resulta ser una conducta en la que la mujer no es sancionada de manera alguna, situación que debe ser regulada, ya que se considera que una vez que la mujer ha decidido establecer una vida en común con alguien, en cualquiera de las formas mencionadas, debe existir un respeto a la propia pareja en las decisiones que se tomen y que afecten la vida en común, por la problemática que trae consigo el hecho de concebir un hijo por una inseminación heteróloga sin autorización de su pareja, repercusiones tanto de carácter social, psicológico, económico, de filiación; incluso puede ocurrir que el esposo no se entere de dicha inseminación y el hijo adquiera los derechos inherentes a la figura de la filiación y posteriormente el varón o la pareja de la persona inseminada, se entere de esta situación, persona que no debiera quedar vinculado a las consecuencias de un

²⁴ **Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud. Diario Oficial de la Federación.** [en línea]. *Op. cit.* Fecha de consulta 28 de septiembre del 2011.

acto en el cual no participó, ni en forma natural ni expresando su voluntad procreacional.

Al respecto el artículo 326 párrafo segundo del Código Civil para el Distrito Federal establece que el cónyuge podrá impugnar la paternidad de los hijos producto de las técnicas de fecundación asistida, siempre y cuando no exista consentimiento expreso en tales métodos.²⁵

Se reitera la propuesta tanto en la Ley General de Salud como en el Código Penal para el Distrito Federal de que la mujer debe ser sancionada si autoriza a que se le practique una inseminación artificial sin consentimiento de su pareja, en cualquiera de sus formas homóloga o hetérologa.

En la actualidad no hay uniformidad de criterios en las legislaciones de los diversos Estados de la República Mexicana, y solamente los Estados de Coahuila, Morelos, San Luis Potosí, Tabasco y Veracruz, son los que tipifican a la inseminación artificial como delito.

El Estado de Coahuila en su artículo 383 establece una pena de prisión de de dos a seis años (penas aumentadas a un tercio) a quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años de edad; con o sin el consentimiento de una menor de esa edad o incapaz; practique en ella inseminación artificial. Si como resultado de la conducta se produce embarazo, se aplicará prisión de cuatro a diez años y multa. Se aumentarán en una mitad más los mínimos y máximos de las sanciones si en la inseminación que prevén estas fracciones se utiliza violencia contra la mujer. Apreciándose que tampoco considera como ilícito el hecho de practicar una inseminación artificial en mujer que se encuentre incapacitada para resistir la conducta o bien que resulte preñada.²⁶

²⁵ **Código Civil para el Distrito Federal**. Legislación Civil para el Distrito Federal. Editorial Sista, México 2011. pág. 59.

²⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas. **Legislación local**. [en línea]. <<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/6/173/412.htm?s=>> Fecha de consulta 28 de septiembre del 2011.

El Estado de Morelos en su artículo 157 establece que al que sin consentimiento de una mujer mayor de edad, o con el consentimiento de una menor o incapaz, practique en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de quince a veinte años. Si como resultado de la conducta se produce embarazo, se impondrá prisión de veinte a veinticinco años. Si la inseminación se realiza con violencia, se impondrá a los autores una pena de veinticinco a treinta años de prisión. Vislumbrándose que el hecho de que exista violencia en la sujeto pasivo, o bien que la mujer quede encinta, trae aparejado una pena de prisión muy elevada en relación con la pena de prisión aplicable en el Distrito Federal, ya que ante la presencia de violencia y de embarazo se aplica en ambos casos de cinco a catorce años de prisión y sin que considere a la sujeto pasivo que se encuentre incapacitada para resistir la actividad inseminatoria en su persona.²⁷

En el Estado de San Luis Potosí, el Código Penal de la entidad en su artículo 157 regula al delito de inseminación artificial, llamándola inseminación indebida, y donde establece que a quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años, o sin o con el consentimiento de una menor de esa edad o incapaz, practique en ella inseminación artificial, se le sancionara con una pena de dos a seis años de prisión y sanción pecuniaria de cuarenta a ciento veinte días de salario mínimo. Si como resultado de la conducta se produce embarazo, se impondrá prisión de tres a ocho años y sanción pecuniaria de sesenta a ciento sesenta días de salario mínimo. Legislación que no considera como agravante cuando se utilice como medio comisivo la violencia, además de no considerar a la mujer incapaz de resistir el hecho como sujeto pasivo.²⁸

Mientras, el Estado de Tabasco en su artículo 154 establece que se considera como delito a la inseminación artificial practicada sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o sin o con el consentimiento de una menor

²⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas. **Legislación local.** [en línea]. <<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/18/631/163.htm?s=>> Fecha de consulta 28 de septiembre del 2011.

²⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas. **Legislación local.** [en línea]. <<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/25/892/167.htm?s=>> Fecha de consulta 28 de septiembre del 2011.

de esa edad o de una incapaz y se aplicara prisión de dos a seis años. Si como resultado de la conducta se produce embarazo, se impondrá prisión de tres a ocho años. En su artículo 155 establece que si de la inseminación se realiza con violencia, se incrementará la sanción correspondiente en una mitad. Normatividad que no considera a la inseminación artificial practicada en una persona incapaz de resistir la actividad inseminatoria en su persona.²⁹

En el Estado de Veracruz se consideran los 16 años de la mujer para que pueda autorizar la inseminación artificial en su persona, siendo que en el 160 en su fracción II, establece que se impondrán de dos a siete años de prisión y quinientos días de multa a quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciséis años o aun con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial; este delito se perseguirá por querrela. Si el delito se realiza con violencia o del mismo resultare un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años de prisión y multa hasta de quinientos días de salario.³⁰

Como se puede apreciar, en la República Mexicana no hay uniformidad de criterios respecto al delito de inseminación artificial, siendo que incluso no en todos los Estados se encuentra regulada dicha actividad como ilícito, asimismo, solo en el Distrito Federal se considera como delito a la inseminación artificial realizada en la mujer que se encuentra incapaz de resistir la actividad inseminatoria, en algunos casos las penas son demasiado elevadas, de manera primordial cuando existe violencia o bien cuando da por resultado un embarazo.

Por otro lado, “existen en la actualidad en el país Bancos de Semen registrados ante la Secretaría de Salud, uno de los cuales pertenece al Instituto

²⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas. **Legislación local.** [en línea]. <<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/28/1005/155.htm?s=>> Fecha de consulta 28 de septiembre del 2011.

³⁰ Instituto de Investigaciones Jurídicas. **Legislación local.** [en línea]. <<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/31/1119/165.htm?s=>> Fecha de consulta 28 de septiembre del 2011.

Valenciano de Fertilidad México”³¹ y otro de ellos es el “Banco de Esperma/cfhm.”³²

Normalmente “los costos para realizar una inseminación artificial oscilan de los cuatro mil a los cincuenta mil pesos, lugares en los cuales reciben donaciones de semen de personas mexicanas, ya que existen clínicas de fertilidad en el país que solamente cuentan con semen importado.”³³

En ellos “exigen al donante entre otras cosas, de manera primordial tener entre 18 y 35 años; ser saludable física y mentalmente; no contar con antecedentes familiares directos de trastornos genéticos mayores ni enfermedades hereditarias, como asma, diabetes, epilepsia o hipertensión arterial; no ser portador o estar infectado por microorganismos responsables de hepatitis B o C, sida, chlamydia, herpes virus, sífilis, gonorrea o citomegalovirus; poseer semen de calidad que soporte adecuadamente el proceso de congelación y descongelación; el donador es sometido a examen físico completo para conocer, entre otras cosas, sus características fenotípicas (talla, peso, tipo de sangre, color de piel, ojos y cabello); además, se realiza historia clínica en la que informará si ha sido sometido a intervenciones quirúrgicas y si en su familia hay antecedentes de problemas psiquiátricos y/o de consumo de drogas, alcohol o tabaco.”³⁴ “El banco de semen brinda una aportación "significativa" a los donadores que es de 500 pesos por cada donación.”³⁵

En México no existe un “Banco Nacional de Donantes” que se encuentre controlado en el sentido de limitar el número de donaciones de semen que una

³¹ El Universal. Artículo.- **Instalan en el DF Banco de Semen.**- ALCARAZ, Yetlanezi. 19 de febrero de 2004. [en línea]. http://www2.eluniversal.com.mx/pls/impreso/noticia.html?id_nota=57265&tabla=ciudad. Fecha de consulta.- 21 de febrero del 2011.

³² Banco de semen/cfhm. Artículo.- **Catálogo de Donadores.** <http://www.bancoesperma.com.mx/bloques.html>. Fecha de consulta.- 21 de febrero del 2011.

³³ El Universal. Artículo.- **Instalan en el DF Banco de Semen.** [en línea]. *Op. cit.* Fecha de consulta.- 21 de febrero del 2011.

³⁴ Salud y Medicinas.com.mx. Artículo.- **Cómo funciona un banco de semen en México.**- SERRANO, Raúl. [en línea]. <http://www.saludymedicinas.com.mx/nota.asp?id=2129>. Fecha de consulta.- 21 de febrero del 2011.

³⁵ El Universal. Artículo.- **Instalan en el DF Banco de Semen.** [en línea]. *Op. cit.* Fecha de consulta 21 de febrero 2011.

persona puede realizar en el territorio mexicano, es decir, no existe prohibición para que el donante acuda una o varias veces a proporcionar su esperma. Por lo cual, a pesar de que no existe un solo Banco Nacional de Donantes, se debe tener un control respecto a las personas que realizan sus donaciones de semen, como pudiera ser, una base de datos común en toda la República Mexicana para los diversos centros de procreación asistida, ya que se corre el peligro de que surjan un sin número de embarazos de un mismo donante, lo cual puede acarrear problemas como lo es que en un momento dado entre medio hermanos -que obviamente desconocerían que lo son- engendren hijos, provocando anomalías o malformaciones genéticas. Además de que los donantes utilizarían esto como una actividad lucrativa, aumentando el riesgo de que existan hijos del mismo padre, situación que se desconocería al ser una donación de carácter anónima, por lo cual se propone que las donaciones deben ser en forma gratuita sin obtener algún tipo de beneficio.

Apreciándose que no hay una legislación que regule exclusivamente en lo que respecta al tema de procreación asistida, debiendo existir un cuerpo normativo en el que se establezca lo que debe considerarse por procreación asistida, señalar los diversos métodos que existen, de entre ellos el de inseminación artificial, prohibir la realización de fecundaciones entre gametos humanos y de animales para experimentos, esto debido a los problemas sociales, culturales y de derecho a una vida digna que el propio ser humano tiene como garantía individual; se deben establecer los requisitos para las diversas formas de procreación asistida, tanto de la persona interesada en conseguir un embarazo como de los donadores e instituciones autorizadas para dichas practicas; indicar el no pago en los donadores, para evitar múltiples donaciones que traigan como consecuencia un sin número de embarazos, establecer requisitos que debe cumplir el donador, como lo es edad; características físicas, análisis clínicos para evitar el contagio de enfermedades o de transmisión de enfermedades hereditarias, estudio de perfil psicológico y antecedentes familiares. Debe existir

una autoridad que verifique el seguimiento a la normatividad por parte de las instituciones autorizadas.

1.2. ESPECIES

Como se ha mencionado, la inseminación artificial es una forma de reproducción asistida, y mediante dicho procedimiento se busca lograr una fecundación sin que haya por consiguiente una relación de carácter sexual, de ahí el nombre de “artificial.”

Desprendiéndose de los adelantos científicos y la naturaleza de la esterilidad o infertilidad, “se pueden distinguir dos tipos de inseminación artificial: Inseminación con semen de la pareja, como puede ser su cónyuge, concubinario o bien su pareja estable, o también llamada inseminación artificial homóloga; y en segundo lugar la inseminación artificial llevada a cabo con semen de un donante distinto a la pareja y que generalmente resulta anónimo o también llamada inseminación artificial heteróloga.”³⁶

Las denominaciones de homóloga y heteróloga no se encuentran correctamente aplicadas respecto al concepto que se pretende dar en el campo de la inseminación artificial, esto en virtud de que “en otros temas igualmente de carácter biomédico, el concepto de heterólogo se refiere a lo que acontece entre diversas especies.”³⁷

Por consiguiente, la inseminación artificial realizada en la mujer, tanto con semen de su pareja como la llevada a cabo con semen de un donante, resultan ser ambas de carácter heterólogo por tratarse de una inseminación entre dos seres de la misma especie, es decir, tanto el semen de un donante como de la pareja son provenientes de seres humanos, y se realiza la inseminación con otro

³⁶ FIORE, Carlo. El Desafío de la Bioética. Editorial San Pablo. Bogotá, Colombia, 2004. págs. 51-54.

³⁷ SECO REYMUNDO, Manuel, *et al.*, Diccionario del Español Actual. Grupo Santillana de Ediciones, S.A. Madrid, 1999. pág. 2507.

ser humano (mujer). Entonces, la inseminación artificial realizada entre una persona y por ejemplo un simio se consideraría como una inseminación artificial homóloga por realizarse entre seres de diversa especie, de conformidad con el concepto etimológico y médico de homólogo y heterólogo.

Para evitar confusiones terminológicas, en vez de nombrar inseminación homóloga debería llamarse inseminación artificial-pareja; y en lugar de inseminación artificial heteróloga, inseminación artificial-donante.

Sin embargo, en el presente trabajo se continuará dando el mismo sentido que hasta éste momento le han dado a los términos homólogo y heterólogo, esto con el propósito de evitar confusiones con los textos que se citaran, pero sin olvidar la explicación proporcionada con antelación.

1.3. CARACTERÍSTICAS

A continuación se indican las causas por las cuales se realiza la inseminación artificial en sus dos variantes homóloga y heteróloga:

LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA, con sus siglas en español IAH, se emplea cuando el semen de la pareja es válido para la procreación y existe algún impedimento fisiológico, sea en el hombre o en la mujer, que no impide totalmente la producción de gametos en ambos miembros de la pareja, pero sí impide que se produzca la fecundación como resultado normal del coito. Los motivos por los que esto puede suceder son los siguientes:

- Imposibilidad para depositar el semen en la vagina debido a impotencia; por hispospadias que es la anomalía más frecuente en el pene.

“Existen cuatro tipos de hispospadias, siendo en el glande, el peneano, el escrotogeneano y perineal; el hispospadias del glande es cuando precisamente en

esa zona hay una deformación; el peneano es cuando por lo general, el pene está poco desarrollado y con encorvamiento; el escrotogeneano es aquel en el cual el orificio uretral se encuentra en la unión del pene y el escroto; el perineal es el defecto de los pliegues labios-crotales y el orificio uretral externo se sitúa entre las mitades no fusionadas del escroto.”³⁸

O bien, por vaginismo la cual “es una irritación anormal y exagerada en la entrada de la vagina, acompañada de espasmos en el tercio externo de la vagina que impide o dificulta la penetración para llevar a cabo una relación sexual.”³⁹

Además, también puede existir imposibilidad para depositar el semen en la vagina debido a eyaculación retrógrada, ésta última “es aquella en la que el semen es receptado por la vejiga, como resultado de una serie de enfermedades, o en el caso de parapléjicos.”⁴⁰

- “Alteraciones del seminograma que es el estudio realizado en el semen humano, como las oligo-astenospermias es decir, hombres cuyo líquido seminal contiene un bajo número de espermatozoides y de reducida movilidad, o la presencia de toxinas en el plasma seminal.”⁴¹

- Esterilidad de causa cervical producida por “anomalías anatómicas del cuello del útero, moco cervical insuficiente o inadecuado o esterilidad de causa inmunitaria. En éste caso puede suceder que las secreciones del cuello falten o se encuentren en cantidades insuficientes, o se encuentren demasiado espesas o infectadas, demasiado ácidas o alcalinas —lo que destruye los gametos masculinos— es cuando procede la intervención del médico para introducir el esperma del marido, no en el canal vaginal, sino en el interior del útero, a efecto

³⁸ MOORE, Keith L. **Embriología Clínica**. Séptima edición. Editorial Elsevier. España, 2004. pág. 320.

³⁹ MOORE, David P. y James W. Jefferson. **Manual de Psiquiatría Médica**. Segunda edición. Editorial Elsevier. España, 2005. pág. 199.

⁴⁰ ALLER, Juan y Gustavo Pagés. **Infertilidad. Fisiología, Diagnóstico y Tratamiento**. Ediciones Amolca. Venezuela, 2006. pág. 17.

⁴¹ BOTELLA LLUSIÀ, José. **Tratado de Ginecología**. *Op. cit.* pág. 994.

de que los gametos masculinos franqueen la barrera constituida por la mucosidad defectuosa.”⁴²

- Esterilidad sin causa aparente. “En casos excepcionales la inseminación artificial homóloga se emplea con enfermos cuyos padecimientos, o los tratamientos de éstos, implican peligro de alteraciones graves en los espermatozoides o la pérdida de la espermatogénesis, es decir la pérdida de transformación de las células germinales en espermatozoides. Algunas de estas patologías son los tumores: seminoma, leucosis y otros, cuyos tratamientos conllevan esterilización o alteraciones genéticas de los espermatozoides. En estos casos se puede congelar el semen para posteriormente realizar una inseminación artificial homóloga.”⁴³

Las condiciones para la aplicación de la inseminación artificial homóloga requiere que exista el funcionamiento correcto en la mujer de al menos una de las trompas de Falopio. “El procedimiento habitual previo a la inseminación consiste en realizar una serología que verifique que no existe riesgo de rubéola, toxoplasmosis, hepatitis B, hepatitis C, sífilis y VIH. En el terreno psicológico, se informa a la pareja de la probabilidad de éxito y de las posibles complicaciones.”⁴⁴

El proceso de inseminación con semen de la pareja suele dividirse en las siguientes fases o técnicas empleadas:

a) Control y estimulación de la ovulación. “Puede hacerse en un ciclo menstrual espontáneo o en uno provocado. La ventaja de hacerlo en un ciclo normal es que se reduce considerablemente la posibilidad de embarazo múltiple pero tiene el inconveniente de que es más difícil y costoso determinar el día de la ovulación y como sólo hay una, las posibilidades de éxito son menores. Si se estimula el ciclo, las posibilidades de éxito son mayores porque hay más ovocitos,

⁴² BOTELLA LLUSIÁ, José. Tratado de Ginecología. Op. cit. pág. 999.

⁴³ ALLER, Juan y Gustavo Pagés. Infertilidad. Fisiología, Diagnóstico y Tratamiento. Op. cit. pág. 17.

⁴⁴ *Idem*.

se conoce mejor el momento de la ovulación y se corrigen las posibles alteraciones del ciclo que tienen poca o nula expresión clínica, usando elementos de predicción de la ovulación y/o ecografías ginecológicas.”⁴⁵

b) Determinación del momento de la inseminación. “La inseminación debe tener lugar lo más próximo posible a la ovulación. Cuando se realiza en un ciclo espontáneo, para la determinación de la ovulación pueden usarse medios clínicos como la temperatura basal o las modificaciones del cuello y el moco cervical.”⁴⁶

c) Obtención y preparación del semen. “El semen debe recogerse generalmente mediante masturbación después de un periodo de abstinencia de tres días. Se debe recoger el semen en un recipiente estéril, el cual se mantendrá entre 10 a 40 minutos a temperatura ambiente para que licue. Una vez hecho esto, se elimina el plasma seminal y se seleccionan los espermatozoides de buena calidad del resto del semen.”⁴⁷

d) Inseminación. “El semen se deposita en la vagina es decir de forma intravaginal; en el canal cervical o llamada también intracervical; en el útero o conocida como intrauterina; o bien, en las trompas de Falopio, nombrada como intratubárica. La vía más usada es la intrauterina, debido a lo sencillo y el bajo costo que representa.”⁴⁸

e) Diagnóstico del embarazo. “El éxito de cualquier tipo de tratamiento de esterilidad se evalúa por el porcentaje de embarazos conseguidos, aunque también se hace en función de recién nacidos viables conseguidos. Los resultados

⁴⁵ Banco de Esperma Centro de Fertilidad de California; establecido en 1980. Artículo.- **Inseminación Artificial.** [en línea]. www.spermbankcalifornia.com/inseminacion-artificial.html. Fecha de consulta 20 de febrero del 2011.

⁴⁶ PALOMERO, Guillermo, *et al.*, **Lecciones de Embriología.** Editorial Universidad Oviedo. España, 2000. pág. 443.

⁴⁷ Doctoralia España S.L. Artículo.- **Inseminación Artificial.** [en línea]. Actualizado en fecha 20 de febrero del 2011. <<http://www.doctoralia.es/pruebamedica/inseminacion+artificial-2080>> Fecha de consulta 20 de febrero del 2011.

⁴⁸ PALOMERO, Guillermo, *et al.*, *Op. cit.* pág. 444.

globales en cuanto al número de embarazos están entre un 13 y un 63 por ciento. En los casos de esterilidad masculina, el porcentaje cae entre un 9,5 y un 43 por ciento. En los casos de esterilidad por causa inmunitaria el porcentaje de éxito oscila entre un 5 y un 8,1 por ciento.”⁴⁹

La Inseminación artificial homóloga es una técnica muy segura, pero “tiene sus riesgos como el caso de un embarazo múltiple y deben tenerse en cuenta las complicaciones inherentes a la técnica empleada: infección pélvica, reacciones alérgicas y la creación de anticuerpos antiespermatozoides.”⁵⁰

LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL CON SEMEN DE DONANTE O HETERÓLOGA, “con sus siglas en español IAD, se emplea en casos de esterilidad masculina, hombres que presentan ausencia de espermatogénesis, enfermedades hereditarias, de transmisión sexual; mujeres sin pareja; en casos de incompatibilidad de Rh y en casos en que la mujer desea tener un hijo sin llevar a cabo relaciones sexuales.”⁵¹

“La principal diferencia entre este tipo de inseminación y la inseminación artificial homóloga es, por tanto, la obtención del semen, ya que inseminación artificial homóloga se realiza con el semen de la pareja y en la inseminación artificial heteróloga, se lleva a cabo con semen de un donante. Los demás puntos del proceso son prácticamente idénticos.”⁵²

En las donaciones anónimas se da cierta información sobre el donante, como las características de su ADN, ya que éstas particularidades repercutirán en las características con que el individuo cuente al nacer, puesto que “la información genética proviene de los progenitores del individuo, aportada la mitad por cada

⁴⁹ Doctoralia España S.L. Artículo.- **Inseminación Artificial** [en línea]. *Op. cit.* Fecha de consulta 20 de febrero del 2011.

⁵⁰ PALOMERO, Guillermo, *et al.*, **Lecciones de Embriología.** *Op. cit.* pág. 444.

⁵¹ ALLER, Juan y Gustavo Pagés. **Infertilidad. Fisiología, Diagnóstico y Tratamiento.** *Op. cit.* pág. 491

⁵² TARASCO, Martha y Javier Marcó. **Diez Temas de Reproducción Asistida.** *Op. cit.* pág. 22.

uno de ellos, que se transfiere a través de la fecundación, y toda la información genética que se transmite al nuevo ser vivo se le llama genoma.”⁵³

Las técnicas de inseminación artificial; ya sea en su forma homóloga (la realizada con semen de la pareja), o heteróloga (llevada a cabo con semen de un donante), se explican a continuación:

I.- Inseminación intravaginal, “es la menos utilizada, pero puede resultar útil para aquellas personas en las que la mujer ovula regularmente y el hombre no puede eyacular dentro de la vagina, pero lo puede hacer por otros medios como la masturbación o mediante el uso de un vibrador. Se necesita que tanto el conteo como la calidad espermática de la muestra sean adecuados, en ella se deberá utilizar una muestra de esperma de la pareja o incluso del donante que se hubiera seleccionado. Esta muestra deberá colocarse dentro de una jeringa estéril. Dicha jeringa será colocada dentro de la vagina, y se ejercerá una leve presión sobre la misma para que el semen llegue hasta el cuello uterino.”⁵⁴

II.- Inseminación intracervical, “es aquella en la que se deberá tomar una muestra de semen, dicho esperma se coloca dentro del cuello uterino, justo antes de la ovulación. Se utilizará un espéculo, es decir, un instrumento que permite abrir la cavidad vaginal y tener acceso al cuello uterino más fácilmente. Luego se le insertará un catéter conteniendo la muestra de esperma dentro del cuello de su útero. Para ello, se le adjuntará una jeringa estéril a dicho catéter, la cual contendrá la muestra de esperma y, una vez adjuntada la misma, se ejercerá una leve presión hasta llegar al cuello uterino, lugar donde se depositará el mismo. Como paso final, se colocará una especie de apósito sobre el cuello uterino a fin de evitar que pueda escaparse o filtrarse algún espermatozoide.”⁵⁵

⁵³ CÓRDOBA, Jorge Eduardo y Julio C. Sánchez Torres. **Fecundación Humana Asistida**. *Op. cit.* pág. 15.

⁵⁴ ALLER, Juan y Gustavo Pagés. **Infertilidad. Fisiología, Diagnóstico y Tratamiento**. *Op. cit.* pág. 483.

⁵⁵ *Idem*.

III.- Inseminación intrauterina, es el método más utilizado⁵⁶ y “se realiza utilizando un catéter fino con el cual se introducen los espermatozoides en la cavidad uterina a través del canal cervical, se hace con la paciente en posición ginecológica, si se encuentra sometida a estimulación, el catéter suele franquear fácilmente el orificio cervical interno, pero en ocasiones es necesario pinzar y traccionar del cuello o pasar previamente el histerómetro. La inyección de semen se realiza lentamente para evitar la distensión del útero y que se produzcan contracciones que puedan expulsarlo a la vagina, es recomendable que la profundidad de inserción sea colocar el semen a una distancia de dos centímetros del fondo uterino, para esto se debe evaluar previamente el tamaño de la cavidad con ultrasonido transvaginal.”⁵⁷

“Existe una variante de la inseminación artificial intrauterina y es la perfusión espermática de la trompa de Falopio, en la inseminación intrauterina tradicional se preparan los espermatozoides con un volumen de la suspensión espermática de menos de 1 milímetro de medio y en la perfusión espermática es de cuatro milímetros, el procedimiento es similar, pero en esta se logra que los espermatozoides pasen a través de las trompas de Falopio y lleguen al fondo de saco de Douglas. Para prevenir el reflujo de fluido hacia la vagina, se pueden usar pinzas de Allis que son unas pinzas quirúrgicas cuyas ramas terminan en “dientes”, con el fin de comprimir el cuello uterino, o en vez de realizarlo con la cánula de inseminación, insertar en la cavidad uterina un catéter de Foley pediátrico o el catéter de balón para sonohisterografía e inflarlo para que comprima el orificio cervical interno e impida el reflujo hacia la vagina.”⁵⁸

IV.- Inseminación Intratubárica, “es un tipo de inseminación artificial muy poco común, debido a su alto costo. Generalmente es realizada en clínicas y hospitales, y se debe colocar el esperma directamente dentro de una o de ambas trompas de Falopio para contribuir a que se produzca la fertilización y para evitar

⁵⁶ RAMON, Olga y Roberto Matorras. Tratado de Reproducción Humana para Enfermería. Editorial Medica Panamericana. España, 2008. pág. 193.

⁵⁷ ALLER, Juan y Gustavo Pagés. Infertilidad. Fisiología, Diagnóstico y Tratamiento. *Op. cit.* pág. 483.

⁵⁸ *Ibidem*. pág. 488.

que el espermatozoide tenga que desplazarse desde su cuello uterino hasta llegar al útero y allí poder fertilizar a uno o más óvulos. Las mujeres que padecieran problemas ovulatorios o relacionados con su mucosidad cervical podrían verse sumamente beneficiadas al someterse a éste tipo de inseminación Intratubárica, cuyo procedimiento puede ser llevado a cabo de dos maneras diferentes Intracervicalmente, y laparoscópicamente.”⁵⁹

a) “El método intracervical de la inseminación artificial Intratubárica es menos invasivo, y para realizar el mismo se deberá colocar un catéter dentro de su cuello uterino, pasando por su útero, hasta llegar a sus trompas de Falopio. El próximo paso, será la inserción del espermatozoide dentro de este catéter para luego ser depositado dentro de sus trompas de Falopio.”⁶⁰

b) “El método laparoscópico de la inseminación artificial Intratubárica se vale de una cirugía laparoscópica para poder localizar sus trompas de Falopio. Para ello se le realizará una pequeña incisión en su abdomen y se insertará una cámara a través de ella hasta que la misma llegue a su cavidad pélvica. Esta cámara luego será utilizada para poder determinar el lugar exacto en el que se encuentran sus trompas de Falopio. Más tarde, se le insertará un catéter dentro de las mismas el cual se encargará de depositar la muestra de espermatozoide dentro de ellas.”⁶¹

Como se ha indicado, en México existen diversos bancos de semen, en donde se les proporciona una ayuda económica a los donadores de semen, pero previo a esto se les realizan diversos estudios a efecto de verificar que son buenos candidatos para ser donadores, como que no sean usuarios de drogas; se analiza su perfil psicológico.

⁵⁹ ALLER, Juan y Gustavo Pagés. Infertilidad. Fisiología, Diagnóstico y Tratamiento. Op. cit. pág. 488.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ *Idem*.

“Se verifica que no tengan antecedentes familiares de enfermedades hereditarias como diabetes, asma, hipertensión arterial y epilepsia, o de anomalías congénitas. También se descarta a sujetos que tengan problemas de visión o de acné, o que a juicio de las autoridades del banco sean demasiado feos o que su perfil psicológico no corresponda con sus lineamientos. Además se someten a una estricta evaluación de laboratorio que incluye Rh, analítica sanguínea y estudios especializados, tanto en sangre como en semen, para descartar padecimientos infecto contagiosos como rubéola, toxoplasmosis, hepatitis B y C, sífilis, VIH y otras enfermedades de transmisión sexual. Inclusive se analiza genéticamente al donador mediante una investigación para descartar anomalías cromosómicas y, finalmente, se practican pruebas espermáticas para medir la cantidad y movilidad, así como espermocultivos.”⁶²

“El semen será congelado y almacenado durante seis meses, al cabo de los cuales se repetirán las pruebas para detectar enfermedades infecto-contagiosas, y si los resultados son negativos, las muestras estarán listas para usarse. En todo este proceso los bancos de esperma invierten alrededor de 22 mil pesos, tanto en análisis de laboratorio como en los procesos tecnológicos necesarios para su almacenaje y posterior utilización.”⁶³

En los bancos de semen “primordialmente en España, las receptoras pueden obtener información exhaustiva sobre la historia médica y psicológica del donador, y hasta una fotografía del sujeto cuando niño, para así elegir la muestra. Sin embargo, en la mayoría de las instituciones sólo se obtienen datos básicos como el grupo racial al que pertenece, estatura, peso, complexión, color de pelo y ojos, tipo sanguíneo, grado de escolaridad, profesión, perfil de enfermedades familiares, características de personalidad y aficiones.”⁶⁴

⁶² Centro de Fertilidad Humana, Sociedad Anónima de Capital Variable. ... **Damos Vida**. Artículo.- Donación de Esperma e Inseminación Artificial. [en línea]. <http://www.centrodefertilidad.com/articulo_6.htm> Fecha de consulta 03 de marzo del 2011.

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ Portalmundos.com. Artículo.- **Requisitos a cumplir para ser donante de semen**. [en línea]. <http://mundobebes.portalmundos.com/requisitos-a-cumplir-para-ser-donante-de-semen/>. Fecha de consulta 03 de marzo del 2011.

“Los bancos de espermia tienen muestras de semen internacionales, ya sea porque en el programa de donadores se registraron extranjeros o porque la institución compró semen extranjero. Para realizar esta importación es necesario seguir estrictos controles sanitarios, tanto en el país de procedencia como en el que recibe las muestras.”⁶⁵

En relación a las donaciones de semen como se ha mencionado, la autoridad debe legislar en relación al número de donaciones autorizadas por individuo para evitar múltiples inseminaciones producto de un mismo sujeto, además de que el donador no debe recibir remuneración alguna para evitar que se obtenga un lucro con las múltiples donaciones que se quieran realizar.

1.4. EL DELITO Y SU ESTRUCTURA

A efecto de comprender el presente tema de: “análisis dogmático del delito de inseminación artificial no consentida”, resulta importante realizar un estudio del significado y estructura del concepto “delito”, por lo que a continuación se expone lo que importantes tratadistas del derecho han considerado al respecto.

En lo concerniente a la palabra “concepto”, éste “es un término que manifiesta la idea de forma abstracta y general de determinado objeto, es decir que se señalan las características que le son propias y permiten individualizarlo y distinguirlo de los demás.”⁶⁶

“La definición de una objetividad proviene de la atribución conceptual de sus caracteres esenciales, obtenidos por un proceso de abstracción de la esfera ontológica a que pertenece como la especie de un determinado género...”
“...aquellos caracteres fundantes adquieren todas las posibilidades de análisis posterior síntesis que son necesarias para que la más ajustada definición pueda

⁶⁵ Portalmundos.com. Artículo.- **Requisitos a cumplir para ser donante de semen.** [en línea]. *Op. cit.* Fecha de consulta 03 de marzo del 2011.

⁶⁶ GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. **Dogmática Penal en la Legislación Mexicana.** Editorial Porrúa. México, 2003. pág. 3.

rendir frutos en corolarios suficientes, que se desplieguen en un sistema epistemológico de técnica más segura...”⁶⁷

Se entiende en términos generales a la palabra “concepto”, como la descripción de una cosa u objeto, resaltando aquellas particularidades que le son propias, de tal manera que lo individualizan y lo diferencian de otras.

Por otro lado, “La palabra delito proviene del latín *delicto* o *delictum*, supino del verbo *delinqui, delinquere*, que significa desviarse, resbalar, abandonar.”⁶⁸

En la fuentes romanas se adoptaron estas expresiones: *scelus, fraus, maleficium, flagittum, facinus, peccatum, probrum, delictum, crimen*; finalmente predominaron las palabras *delicto* o *delictum*, supino del verbo *delinquo, delinquere*, que significa, “desviarse”, “resbalar”, “abandonar”, “abandono de una ley.”⁶⁹

El tratadista Luis Jiménez de Asúa, refiere que “desde el punto de vista jurídico, delito “es una acción u omisión antijurídica y culpable.””⁷⁰

Al respecto cabe mencionar, que de acuerdo al tiempo, circunstancias y lugar en que el hombre se encuentre, se puede dar una concepción de lo que el “delito” es; ya que dependiendo de la disciplina, corriente o bien materia en la que se defina, como puede ser desde el punto de vista sociológico, legal, criminológico e incluso filosófico, será la idea que se tenga de “delito”.

El citado autor Luis Jiménez de Asúa, define al delito como “acto típicamente antijurídico imputable y culpable, sometido a veces a condiciones

⁶⁷ **Enciclopedia Jurídica Omeba**. Tomo VI. Editorial Bibliográfica Omeba. Argentina, 1991. pág. 219.

⁶⁸ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. **Derecho Penal. Parte General**. Cuarta edición. Editorial Trillas. México, 1997. pág. 133.

⁶⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Teoría del Delito**. Iure Editores. México, 2003. pág. 2.

⁷⁰ *Ibidem*. pág. 5.

objetivas de penalidad, y que se halla conminado con una pena o, en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella.”⁷¹

Definiciones aportadas por grandes estudiosos del derecho, de las que se desprenden ciertas características que le proporcionan al concepto delito, dando como resultado que “delito” sea entendido como: *la lesión, o bien la puesta en peligro de un bien que se encuentra salvaguardado por una sanción penal.*

El concepto de delito es considerado en nuestra legislación en el Código Penal Federal, en su artículo 7 primer párrafo, señalando: *“Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.”*

Se habla siempre que para la existencia de un delito, debe existir una acción humana, ya sea mediante un movimiento corporal o mediante la omisión de la conducta que se debía o estaba obligado a ejecutar, pero su exteriorización se encuentra tipificada en la ley penal y consecuentemente acarrea una pena o bien una medida de seguridad por la lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente protegido.

Respecto a lo mencionado, el Doctor Arturo García Jiménez, cita al jurista Rafael Márquez Piñero, quien expresa: “Verdaderamente son numerosos los penalistas que han pretendido dar una noción o un concepto de delito, tarea muy difícil de conseguir en un plano absoluto y de carácter general, pues un concepto de raíz filosófica valedero para todos los tiempos y para todos los países, respecto de si un hecho es o no delictivo, no se ha conseguido aún, lo cual resulta perfectamente explicable si se tiene en cuenta que el delito hunde sus raíces en la vida social, económica, cultural y jurídica de cada pueblo y en cada siglo. En consecuencia, la noción del delito ha de seguir, necesariamente, las vicisitudes de esas distintas parcelas señaladas en la vida de cada nación y ha de cambiar al

⁷¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Teoría del Delito**. *Op. cit.* pág. 30.

compás de las mismas. Por consiguiente, lo ayer penado como delito, actualmente puede no serlo y viceversa.”⁷²

Asimismo, el Código Penal vigente para el Distrito Federal, señala en su artículo 15, dentro del título Segundo denominado “El Delito”, en su Capítulo I denominado “Formas de Comisión”:

“(Principio de acto). El delito sólo puede ser realizado por acción o por omisión.”⁷³

En comparación con el Código Penal Federal, el del Distrito Federal no establece la concepción de la palabra delito, pero indica las formas en las que se puede llevar a cabo, en relación con el artículo 18 del mismo ordenamiento legal que a la letra indica:

“(Dolo y Culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización.

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.”⁷⁴

De tal suerte que tanto los doctrinarios del derecho como la propia legislación penal, han buscado definir la palabra “delito”, apreciándose que se ha estado de acuerdo en que presenta características que le son propias, por lo que el “delito” se refiere a una acción u omisión humana, que se encuentra establecida en la ley, por tanto se dice que es una conducta típica; con la característica de ser

⁷² Dogmática Penal. *Op. cit.* pág. 8.

⁷³ Código Penal para el Distrito Federal. Agenda Penal. Ediciones Fiscales ISEF, S.A., México, 2011. pág.

3.

⁷⁴ *Ibidem.* pág. 4

antijurídica, por ir en contra de lo que se encuentra previamente establecido en el derecho positivo vigente, y debido a esto trae como consecuencia que la persona que realiza esta acción u omisión sea sancionada.

De las ideas expuestas se concluye que el delito es considerado como el *acto u omisión que sancionan las leyes penales, al ser típico, antijurídico, culpable, imputable y punible.*

Se encuentra sancionado el acto u omisión realizado por el hombre, en virtud de que debía actuar de determinada manera según lo impuesto por la sociedad y plasmado en la ley; de ahí la concepción de que ese hacer o dejar de hacer sea considerado como típico, al encontrarse establecido previamente en un cuerpo legal; es antijurídico por ir en contra de lo que la legislación establece; es culpable al serle reprobable al sujeto haberse conducido como lo hizo (acción u omisión), pudiendo actuar de manera diversa, y para que sea considerada como delito, dicha forma de actuar debe ser típica y antijurídica; conducta que además es imputable, al encontrarse el sujeto en condiciones psíquicas que se presuman a todas luces que tiene la voluntariedad de conducirse como lo hizo (tanto de acción como de omisión); es punible al encontrarse esa acción u omisión sancionada por la ley, siendo que la afectación al bien jurídicamente protegido, o bien el hecho de haberlo puesto en peligro es sancionado, misma pena que debe estar previamente establecida en la norma.

El delito ha tenido diversas concepciones, producto del pensamiento de importantes doctrinarios, de ahí que hayan surgido dos importantes escuelas o doctrinas, siendo la Escuela Clásica y la Escuela Positiva, pero “resulta incorrecto pensar como usualmente se conoce a la palabra “escuela”, es decir que no era un conjunto de pensadores que siguieran la misma doctrina en particular, sino que más bien se refiere a las variedades del pensamiento jurídico.”⁷⁵

⁷⁵ ARILLA BAS, Fernando. **Derecho Penal. Parte General.** Editorial Porrúa. México, 2001. pág. 22.

La Escuela Clásica, también denominada como: “concepción tradicional, naturalista, causalismo psicologista; se desarrolla en el siglo XIX, teniendo entre sus principales representantes a Von Litz, Beling, Pelegrino Rossi, Giovanni Carmignani, siendo el principal representante de esta escuela el jurista Francesco Carrara.”⁷⁶

Es una corriente que “estudia al derecho positivo pero desde el punto de vista de la responsabilidad moral que el sujeto tiene al realizar su conducta, afirma que la persona tiene un libre albedrío para llevar a cabo sus actos, y que cuando esa conducta desplegada es contraria a lo que la ley existente establece, es por lo que el sujeto debe ser sancionado, siendo que tuvo plena libertad de decidir sobre la realización de esa conducta.”⁷⁷

La Escuela Clásica “indica que el delito es la infracción de la ley, siendo un ente jurídico ya que su esencia es precisamente la violación de una ley, y que se conforma por la voluntad y por la acción desplegada, dando por resultado la criminalidad de la acción. Asimismo, esta doctrina sostiene que la responsabilidad penal se encuentra fundada en el libre albedrío, verifica que el sujeto pudiendo realizar un comportamiento diverso al practicado, optó por llevar a cabo el que es contrario a la ley penal; el sujeto conociendo su conducta como prohibida y sabedor que será sancionado, verifica su acción criminal, la lleva a cabo pudiendo actuar de diversa forma. Asimismo además de hacer un estudio sistemático del delito, esta tendencia buscó llevar a cabo campañas para que la pena fuera más humanizada, que el delincuente fuera sancionado, sin arbitrariedad, de acuerdo a lo establecido previamente en la ley, con una pena debidamente proporcional a la conducta llevada a cabo, además de sustituir las instituciones criminales por otras más humanas y justas.”⁷⁸

⁷⁶ GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. **Dogmática Penal**. *Op. cit.* pág. 5.

⁷⁷ PÉREZ KASPARIÁN, Sara. **Manual de Derecho Penal**. Editorial Porrúa. México, 2009 pág. 18.

⁷⁸ **300 Preguntas y Respuestas sobre Derecho Penal (Parte General) Teoría del Delito. Análisis doctrinal, Legislativo y Jurisprudencial**. Libro 9. Editorial Sista. México, 2006. págs. 26-28.

Sin embargo, esta escuela tuvo algunas deficiencias que fueron criticadas por diversos autores y que “dio lugar a que fuera reemplazada por otras vertientes, dichas deficiencias consisten primordialmente en que se le resto importancia al delincuente, ignora las medidas preventivas y de seguridad por considerar que no formaban parte del derecho penal; hizo de la infracción un negocio jurídico y la pena conservó su carácter retributivo.”⁷⁹

Una segunda corriente lo es la Escuela Positiva, que surgió en contraposición a la Escuela Clásica; en la Escuela Clásica “existe la característica de que la pena es impuesta al delincuente que decidió de manera libre cometer la conducta sancionada, en cambio, la Escuela Positiva tiene como principal postulado que quien comete el delito lo hace, no tanto impulsado por su libre albedrío, sino que se encuentra influenciado por factores biológicos que le caracterizan y principalmente por razones de carácter social entre ellos el de carácter económico y a diferencia de la Escuela Clásica que busca la defensa de la humanidad, el positivismo busca la defensa de la sociedad.”⁸⁰

“Se presentó un gran avance en las ciencias naturales, no así con las ciencias sociales, había un gran desequilibrio que dio pie a que la sociedad dudara del derecho penal porque no había gran eficacia como medio de protección para sus bienes y para ellos mismos, por lo que no le daban veracidad en cuanto a que el derecho penal fuera considerado como una ciencia, lo que trajo aparejado que varios doctrinarios comenzaron a realizar diversos postulados, entre ellos César Lombroso, Rafael Garófalo y Enrique Ferri.”⁸¹

Dentro de la Escuela Positiva César Lombroso realizó diversos estudios a los delincuentes, dando pie a su teoría del “delincuente nato”, en donde indica que

⁷⁹ **300 Preguntas y Respuestas sobre Derecho Penal (Parte General) Teoría del Delito. Análisis doctrinal, Legislativo y Jurisprudencial.** *Op. cit.* pág. 28.

⁸⁰ GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. **Derecho Penal Mexicano. Parte General y Parte Especial. Metodología jurídica y desglose de las constantes, elementos y configuración de los tipos penales.** Sexta edición. Editorial Porrúa. México, 2001. págs. 42-43.

⁸¹ SIERRA, Hugo Mario y Alejandro Salvador Cantaro. **Lecciones de Derecho Penal. Parte General.** Red de Editoriales Universitarias Nacionales. Argentina, 2005. págs. 139-140.

“el delincuente no es un hombre normal, por lo menos al perpetrar el delito, que dicho sujeto presenta diversas anomalías que pueden ser psíquicas, congénitas o adquiridas, ya sea de forma permanente o bien transitoria; supuestos que deben ser valorados para sancionar al sujeto.”⁸²

Se aprecia que desde entonces se empieza a valorar las condiciones del sujeto a efecto de verificar que sanción le corresponde, teniendo un tinte más humano y estableciéndose diversos centros de tratamiento como los manicomios criminales.

Con Lombroso y sus estudios realizados en el delincuente a efecto de determinar los factores que producen el delito, es como se inicia un nuevo concepto sobre la ciencia del Derecho Penal, “aunque Lombroso fue médico y no jurista, se le reconoce como quien dio auge a una nueva corriente en los estudios sobre el delito y el delincuente, lo cual adquiere fuerza en las legislaciones penales del siglo XX.”⁸³

El mayor expositor de la Escuela Positiva lo es Enrique Ferri, el cual publica en 1881 una obra llamada “sociología criminal” en la que “pone de manifiesto los principios de esta escuela y es en donde denomina como sociología criminal al método a seguir en la ciencia de los delitos, del delincuente y de las penas.”⁸⁴

En la Escuela positiva se lleva a cabo un estudio del delito pero desde un punto de vista puramente social, y solamente se veía la realidad social de manera empírica, como se realiza en las ciencias naturales, fue lo que contribuyó al nacimiento de una nueva ciencia que hasta nuestros días se conoce como criminología; en la doctrina positiva.

⁸² **300 Preguntas y Respuestas sobre Derecho Penal (Parte General).** *Op. cit.* pág.29

⁸³ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General.** Decimasexta edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2002. pág. 68.

⁸⁴ *Idem.*

“Se consideraba que al delito se debe estudiar como acción humana y tomar en cuenta la biología del delincuente, antes de estudiar al delito como ente jurídico, incluso el jurista Ferri aseguraba que el delito es producto de factores antropológicos, físico y sociales, la responsabilidad penal ya no se funda en la imputabilidad de carácter moral, se considera que el hombre no tiene libre albedrío, no puede determinar cuál es el bien y cuál el mal, solamente es responsable por el simple hecho de vivir en sociedad, ya no hay una responsabilidad moral por el libre albedrío del hombre como en la Escuela Clásica, sino una responsabilidad social. Por lo que uno de sus principales postulados es que el hombre será responsable de su conducta ya sea de acción u omisión que implique un delito, pero a consecuencia de vivir en sociedad, y por tanto la pena a que sea merecedor es un medio de defensa social, importa prevenir el delito, cobrando importancia las medidas de seguridad.”⁸⁵

Como se ha indicado el delito ha sido objeto de estudio por muchos doctrinarios, de tal forma que la teoría del delito busca descifrar la existencia o inexistencia de un determinado delito, se examina si un comportamiento, una conducta, se adecua o no a los elementos descritos en el tipo penal, de ahí la existencia de dos sistemas metodológicos que surgen a efecto de realizar una estructuración del delito; una de ellas la denominada Totalizadora o Unitaria y la segunda de ellas la teoría Analítica o Atomizadora, mismas que a continuación se explican:

La Teoría Unitaria o también llamada Totalizadora, es aquella teoría que “considera al delito con un todo, como un bloque que no puede dividirse por ser uno solo, ya que su esencia radica en el todo y no en alguna división que del mismo pudiera hacerse.”⁸⁶

⁸⁵ SIERRA, Hugo Mario y Alejandro Salvador Cantaro. **Lecciones de Derecho Penal**. *Op. cit.* 139-140.

⁸⁶ ANTOLISEI, Francisco. **El Estudio Analítico del Delito**, trad. De Ricardo Franco Guzmán, México, Anales de Jurisprudencia. 1954. pág. 78.

El estudioso del derecho Francisco Antolisei respecto al delito indica que: "...es un todo orgánico, es un bloque monolítico, el cual si bien es cierto puede presentar aspectos diversos, de ningún modo es fraccionable."⁸⁷

Mientras que la Teoría Analítica o Atomizadora, "estudia al delito desintegrándolo en sus propios elementos pero considerándolos en conexión íntima al existir una vinculación indisoluble entre ellos, en razón de la unidad del delito."⁸⁸

Es decir, en la Teoría Analítica o Atomizadora, cuando se presenta una conducta delictiva, se dan por tanto todos sus elementos, y a efecto de realizar un estudio de algún delito en particular, se puede fraccionar su análisis, pero sólo para penetrar en su estructura y lograr una reflexión, es decir se ahonda en el estudio del delito con sus partes que la integran visualizándolas de forma separada, y cuando se verifica que se dan todos los elementos que conforman el delito en particular, es cuando existe en definitiva la presencia del mismo.

El Doctor Eduardo López Betancourt, refiere que: "...la idea analítica estudia al hecho criminoso desintegrándolo en elementos, pero con una conexión entre sí, que en conjunto forman la unidad del mismo."⁸⁹

En otras palabras, una vez que se estudian los elementos del delito en relación al caso concreto que se presenta, y a dicho caso concreto no le hace falta ninguno de los elementos de ese delito referido en la ley positiva, entonces se verifica la existencia del mismo, ya que si falta alguno de ellos el delito no existe, hay una ausencia de tipicidad o bien ausencia de delito.

La Teoría Atomizadora divide el hecho que es considerado delito en diversas partes pero de manera abstracta; existen dentro de ésta teoría diversas

⁸⁷ ANTOLISEI, Francisco. El Estudio Analítico del Delito. *Op. cit.* pág. 78.

⁸⁸ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Dieciochoava edición. Editorial Porrúa. México, 1999. pág. 197.

⁸⁹ Teoría del Delito. Quinta edición. Editorial Porrúa. México, 2003. pág. 4.

concepciones respecto a cuáles y cuántos son los elementos en los que se divide el delito, por lo que dependiendo de la doctrina en la que uno se ubique, será el número de elementos, por esa razón se habla de la Teoría bitómica, tritómica, tetratómica, pentatómica, hexatómica y heptatómica, y en caso de que falte un elemento, como se ha indicado, da por resultado la inexistencia del delito o ausencia de tipicidad.

La teoría bitómica, indica que “el delito está conformado exclusivamente por dos elementos, de manera primordial la antijuridicidad y la culpabilidad.”⁹⁰

El penalista Octavio Alberto Orellana Wiarco, al recordar lo expuesto por el jurista Carrara, refiere que: “se presenta la existencia de dos elementos en el delito, siendo una de carácter subjetivo que está referida a la causa y otra objetiva que se refiere al resultado, a la primera le llama fuerza moral que es el concurso de la inteligencia y la voluntad del hombre con las que surge la intención, y la otra es la fuerza física que subjetivamente está formada por el movimiento del cuerpo y objetivamente constituida por el resultado material y el daño o lesión del derecho.”⁹¹

La teoría tritómica o también llamada tetratómica, que como su nombre lo indica, “considera al delito con la integración de tres elementos, es una concepción que surge en Europa con las ideas del doctrinario Carrara, en donde el acto se examinaba en sus dos aspectos de acción y de omisión; Beling introduce además la adecuación al tipo legalmente descrito. Con ésta concepción de tres elementos, surgen los pensamientos de otros autores que tienen orientaciones diversas, pues no todos consideraban al delito con los tres elementos mencionados, tal es el caso del jurista Edmundo Mezger, quien refiere que los elementos que contienen todos los delitos son: la acción, la antijuridicidad y la culpabilidad, además de que la tipicidad no la considera como un elemento más del delito, sino que más bien la

⁹⁰ GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. **Dogmática Penal en la Legislación Mexicana.** *Op. cit.* pág. 21.

⁹¹ **Teoría del Delito. Sistemas Causalista, Finalista y Funcionalista.** Editorial Porrúa. México, 2007. pág. 6.

refiere como un agregado a éstos elementos, mencionando que son: acción típica, antijuridicidad típica y culpabilidad típica.”⁹²

“A raíz de éstas concepciones, el análisis del delito se profundizó más, desarrollándose la idea de que el origen del delito se daba con la existencia previa de un acto humano, de ahí la concepción del doctrinario Franz Von Liszt, quien realizó un gran aporte respecto el análisis del acto humano, consideraba que el delito se estructuraba con cuatro elementos: el acto humano, la tipicidad, la culpabilidad y la punibilidad.”⁹³

Refiere el jurisconsulto Luis Jiménez de Asúa, citando a lo expresado por el gran penalista Franz Von Liszt que “en un hecho considerado hasta cierto punto como delito, se debe examinar y encontraremos que el delito siempre será un acto humano, por tanto voluntario, trascendente al mundo exterior, y que los acontecimientos fortuitos independientes a la voluntad del hombre nunca serán considerados como delitos. Asimismo, el delito es un acto que contraviene las disposiciones jurídicas, implica materialmente la lesión o peligro de un bien jurídico. Y por último el delito es un acto culpable, es decir un acto de ya sea doloso o bien culposo de un individuo responsable. De lo que se desprende que el delito lo considera como una conducta típica, antijurídica y culpable, es decir cuatro son sus elementos que lo conforman.”⁹⁴

En lo que respecta a la corriente pentatómica, el jurista Luis Jiménez de Asúa expone: “...el análisis ahondó más, y junto a estos tres elementos —en realidad cuatro si se valúa como primer carácter, el de ser un acto humano, que el destacado penalista Von Liszt destacó mejor que nadie— señalándose la pena adecuada a la conducta del hombre, e incluso, como “sexto elemento, según dijo el doctrinario Beling, las condiciones objetivas de punibilidad.”⁹⁵

⁹² GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. Dogmática Penal en la Legislación Mexicana. *Op. cit.* págs. 22-23.

⁹³ *Ibidem.* pág. 24.

⁹⁴ Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Traducción de Luis Jiménez de Asúa. Veinteava edición. Editorial Reus. Madrid, 1999. pág. 262.

⁹⁵ *Idem.*

El penalista Celestino Porte Petit Candaudap, analizando el artículo 7º del Código Penal de 1931 sostiene que los elementos del delito son: “Conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad y punibilidad. Es decir, siete elementos del delito.”⁹⁶

Al respecto de la teoría heptatómica, el doctrinario Luis Jiménez de Asúa habla de aspectos negativos y positivos. Refiriendo a los positivos “la antijuridicidad, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condicionalidad objetiva y punibilidad. Y en cuanto a los negativos hace referencia a la falta de acción, ausencia de tipo, causas de justificación, causas de inimputabilidad, causas de inculpabilidad, falta de condiciones objetivas y excusas absolutorias.”⁹⁷

Independiente del número de elementos que se le ha nombrado al delito, lo cierto es que cada teoría fue surgiendo a través del tiempo y con el avance de los estudios ha sido el número de elementos que le han considerado, siendo que en un inició incluso se consideró que el delito se conformaba con dos elementos y finalmente de siete.

1.4. TENDENCIAS EN LA TEORÍA DEL DELITO

La teoría del delito, se encarga de formular una metodología que logre el descubrimiento de un delito en un caso en particular es decir, determina las características generales con que cualquier delito cuenta, y esto dependerá del enfoque que los autores le proporcionen, habiendo tantas tendencias como conceptos de delito.

⁹⁶ Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. *Op. cit.* pág. 203.

⁹⁷ Teoría del Delito. *Op. cit.* pág. 5.

Al respecto refiere el profesor Gustavo Malo Camacho que "...la teoría del delito es aquella parte de la ciencia del derecho penal que explica el concepto y contenido del delito, a partir de las características que lo integran."⁹⁸

Cobra importancia la teoría del delito en virtud de que contribuye a realizar una interpretación de la norma penal de manera sistemática y verificar si en un caso en concreto nos encontramos en presencia de un delito, ya que sería muy injusto que no fuera así y sancionar a una persona cuando no ha realizado alguna conducta considerada como tal.

Existen diversas tendencias o sistemas que buscan el estudio de los elementos del delito, mismas que se han utilizado en otros países incluyendo México, las cuales tienen la base de sus ideas o postulados a partir de experiencias históricas e ideas filosóficas, superándose unas con otras a través del tiempo, pero siempre buscando evitar el abuso del *ius puniendi* o derecho a castigar con que el Estado cuenta, por ello la sistemática de la teoría del delito es producto de la evolución histórica, a través de la cual se han recogido principios que contribuyen a la realidad actual desechando los que van quedando obsoletos.

Entre estas principales tendencias, se encuentran el causalismo, el finalismo, el modelo lógico y la imputación objetiva, mismas que se proceden a explicar:

"El principal exponente del análisis causalista del delito, es el jurisconsulto Franz Von Liszt, siendo el primero que profundiza en el estudio del delito a partir de la legislación existente, que en ese entonces lo fue el Código Penal Alemán de 1871, creando por tanto la dogmática penal, es decir el estudio de los dogmas, respecto a la norma jurídico penal."⁹⁹

⁹⁸ **Derecho Penal Mexicano. Teoría General de la Ley Penal. Teoría General del Delito. Teoría de la Culpabilidad y el Sujeto Responsable. Teoría de la Pena.** Editorial Porrúa. México, 1998. pág. 239.

⁹⁹ GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. **Dogmática Penal en la Legislación Mexicana.** *Op. cit.* pág. 32.

“Von Liszt propuso desprender del Código Penal de su país la estructura del delito y aplicando el método naturalístico extrae la teoría del delito de la propia ley, haciéndolo en su obra titulada Tratado de Derecho Penal.”¹⁰⁰

“El jurista Von Liszt retoma las ideas mencionadas respecto a la escuela clásica y positiva del delito, y estudia el delito con un método naturalístico, es decir parte de la concepción que la base de todo delito es la acción o acto humano, dando una explicación de carácter naturalista.”¹⁰¹

El principio fundamental del causalismo es que “la acción del sujeto activo que comete el delito esta desprovisto de intención, sólo interesa la afectación que con la misma se hace en el mundo material su relación de causa a efecto...”¹⁰²

El penalista Franz Von Liszt refiere que “la acción humana es voluntaria, ya sea por la realización de una acción como movimiento corporal, o bien cuando no hay un movimiento corporal, hay una inactividad y por tanto una omisión, y éste acto humano voluntario trasciende al mundo exterior, es decir se produce un resultado material, por lo tanto deberá existir una relación de causalidad entre esa actividad o bien inactividad, corporal voluntaria y el resultado material que se ha producido. Pero sólo observa que esa voluntariedad produzca el resultado material y sólo existe esa relación causal cuando hay una relación entre uno y otro.”¹⁰³

“Se estudia el delito como un nexo causal, es decir que la acción nace de un movimiento corporal, que según el doctrinario Von Liszt, debe ser voluntario, pero tal voluntariedad debe estar referida únicamente al movimiento corporal.”¹⁰⁴

¹⁰⁰ Artículo: Tipo Penal o Cuerpo del Delito. Dilema jurídico. (Crítica Jurisprudencial). Autor: Licenciado JIMÉNEZ LÓPEZ, Jorge Guadalupe. (Juez Sexto Civil). **Revista Jurídica del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco**. Número treinta y siete. Enero-Febrero 2003. pág. 32.

¹⁰¹ GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. **Dogmática Penal en la Legislación Mexicana**. *Op. cit.* pág. 32.

¹⁰² **Revista Jurídica del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco**. *Op. cit.* pág. 29

¹⁰³ GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. *Op. cit.* pág. 33.

¹⁰⁴ **Revista Jurídica del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco**. *Op. cit.* pág. 32.

Entonces el movimiento corporal que se realiza de manera voluntaria va a producir un cambio material en el mundo exterior, por tanto la acción es el punto de partida para que se produzca un resultado, entonces se dice que el movimiento causal voluntario resulta un proceso causal “ciego”, ya que no interesa el sentido o fin de la acción. El postulado de ésta teoría es que la causa produce un efecto y ese efecto da lugar a un cambio en el mundo exterior, por tanto entre una y otra hay una relación causal.

El movimiento corporal referido, “se caracteriza por ser un proceso causal sin que se verifique la finalidad que había, pues el logro o no de las finalidades propuestas por el activo de la acción o bien omisión, son analizadas en el ámbito del agotamiento del delito, no se busca analizar la intención del sujeto, sino más bien la producción de un resultado y por tanto la existencia de un delito, que es lo que si se estudia.”¹⁰⁵

En ésta teoría se verifica a la acción como factor causal del resultado, sin que se tome en cuenta la intención que el sujeto tenía para cometerlo. Sólo importa si el comportamiento movido por la voluntad, causó el resultado y no si esa voluntad se encontraba dirigida a causar ese resultado; se toma en cuenta que el sujeto tiene voluntad de realizar una acción delictiva, sin tomar necesariamente en cuenta la finalidad que buscaba en realizarla. No se considera a la acción con la finalidad del movimiento, sino simplemente como voluntad de hacer el movimiento.

Sólo interesa la externación de la voluntad pero una vez que se ha causado un resultado, se estudia por tanto la acción, la voluntad, el resultado, la relación de causalidad, así como el carácter ciego de la acción misma.

El delito es un acto contrario al derecho, es decir que contraviene un mandato o prohibición jurídica, por lo que hay una lesión o puesta en peligro de un

¹⁰⁵ GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. **Dogmática Penal en la Legislación Mexicana.** *Op. cit.* pág. 33.

bien jurídico, el delito es un acto doloso o bien culposo de un individuo que es responsable, es decir que es un acto culpable.

La teoría causalista indica que “en el estudio del acto o acción, lo que interesa es la fase externa, la interna corresponde a otro nivel es decir, a la culpabilidad, donde se analiza si el contenido de la voluntad fue doloso o culposo.”¹⁰⁶

Postulados de los que se desprende que el maestro Von Liszt hablaba de la conducta como presupuesto del delito y dejaba a la antijuridicidad y culpabilidad como dos categorías del mismo delito.

Esta idea fue reforzada con las obras de diversos juristas como por ejemplo: Ernest Von Beling, Gustavo Radbruch, Max Ernest Mayer, Edmund Mezger, Cesare Bonnesana (Marqués de Beccaria).

Escuela en cuestión que basó su ideología en el positivismo científico resaltando los valores humanos, establece la responsabilidad penal de una persona basándose primordialmente en el acto o acción humana y su efecto en el mundo material; es decir, el sistema causalista se caracteriza por la ubicación de la culpabilidad ya que para atribuir la responsabilidad a la persona solo se requiere la comprobación de la causa, tomándose al efecto como su consecuencia, por lo cual una persona siempre será culpable cuando se acredite su acción como causa del resultado producido. Recibe por tanto el nombre de causalismo por basarse en el binomio de la causa-efecto.

La escuela causalista funda su existencia en la necesidad de ubicar al delito tan solo con la simple comisión del mismo, para la escuela causalista importa la materialidad del acto representada por el elemento objetivo del tipo sin importar el ánimo, pensamiento, fin o destino de la acción que tuviera el delincuente; razón

¹⁰⁶ Revista Jurídica del Tribunal Superior de Justicia. *Op. cit.* pág. 32.

por la cual la escuela causalista, erróneamente se cree se apoya en la teoría y concepto del cuerpo del delito, sin embargo en la realidad, el moderno concepto del Cuerpo del Delito sí contempla otros aspectos como el normativo y el subjetivo.

Para ésta teoría "...los fundamentales instrumentos conceptuales son: la acción, la voluntad, el resultado, y la relación causal y el carácter ciego de la misma."¹⁰⁷

"Refiere el jurista Ernesto Beling en el año 1906 que la tipicidad es un elemento más del delito, indicando que el tipo es una descripción de lo que se considera delito y que se encuentra plasmado en la norma jurídica, mientras que la tipicidad es el encuadramiento de la conducta desplegada por el hombre, en éste tipo penal. Por lo tanto tipicidad y antijuridicidad son conceptos distintos, puesto que la tipicidad como se ha mencionado es el encuadramiento de la conducta (ya sea de acción o de omisión) en la descripción típica, la antijuridicidad es la transgresión del precepto normativo contenido en el tipo."¹⁰⁸

En un principio en el sistema causalista "se distinguían como elementos del tipo los objetivos únicamente, pero posteriormente se consideraban los elementos normativos e incluso finalmente también se requerían elementos subjetivos, lo que dio lugar a muchas incongruencias entre éstas teorías y además que tratadistas tuvieran diversos puntos de vista al respecto."¹⁰⁹

En cuanto al sistema finalista o también "llamado Escuela Finalista o Teoría finalista de la acción, se sabe que surge inmediatamente posterior al sistema causalista, siendo después de 1930, con los estudios del penalista Hans Welzel, el cual indica que toda acción u omisión penalmente relevantes es una unidad constituida por momentos objetivos y subjetivos (del hecho y la voluntad), es decir

¹⁰⁷ GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. Dogmática Penal en la Legislación Mexicana. *Op. cit.* pág. 33.

¹⁰⁸ GARRIDO MONTT, Mario. Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1984. pág. 10

¹⁰⁹ GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. *Op. cit.* págs. 41-42.

que la parte general del Derecho Penal tiene como fin señalar las características esenciales del delito, de su autor que son comunes en todos los delitos y que el delito tiene etapas que son la preparación, la tentativa y la consumación. Para ésta corriente el hombre actúa con consciencia del fin que logrará, se propone fines e incluso elige los medios para conseguirlo, a ésta actividad se le denomina “acción”. La “acción” se diferencia de un hecho natural, en que éste último no está dirigido con un fin, es causalmente ciego, por lo tanto no hay una finalidad perseguida, y hablando de natural, en animales la realización de algún movimiento corporal es inclusive por instinto. En cambio la acción humana busca realizar un fin al exteriorizar su conducta, el contenido de la voluntad humana es esa finalidad que persigue lograr con su actuar, hay consciencia, por lo cual selecciona medios que le ayudaran a lograrlo, a diferencia de la teoría causalista la cual no verifica, en ella no tiene relevancia la voluntariedad.”¹¹⁰

La teoría finalista utiliza términos ya expuestos en la teoría causalista, por lo cual algunos autores han considerado que el finalismo surgió a partir de la causalista, ya que también se consideran conceptos como acción, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad.

El profesor Octavio Orellana Wiarco indica que: “...la teoría finalista no es pues una mera exposición más o menos interesante que nada aportaría a los conocimientos, que ya nos ha proporcionado la teoría causalista, sino un sistema que busca solución técnica y práctica a cuestionamiento que la teoría causalista no resolvía satisfactoriamente.”¹¹¹

Se tiene que la teoría finalista estructura al delito por el hecho antijurídico o hecho punible que se encuentra señalado en la parte especial del Código Penal, ya que se verifica la “acción” (acción u omisión) llevada a cabo por el hombre, independientemente de la vida social que ha tenido o de la personalidad con que

¹¹⁰ GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. **Dogmática Penal en la Legislación Mexicana.** *Op. cit.* pág. 41.

¹¹¹ **Teoría del Delito. Sistemas Causalista, Finalista y Funcionalista.** *Op. cit.* pág. 87.

cuenta, se verifica que su actuar sea antijurídico y no quede excluido por una causa de justificación.

“Quedan excluidos de responsabilidad para el hombre los movimientos reflejos y la fuerza mecánica, en virtud de que como se ha mencionado, el hombre actúa con plena consciencia y por lo tanto sabiendo el fin que persigue, e incluso escogiendo medios para lograrlo, ya sea mediante su acción o bien su omisión, él es el causante de los resultados que produzca, logrando la consumación de un delito previsto por la ley, y si se presentará algún movimiento reflejo o una fuerza mecánica, no sería a sabiendas del sujeto, no puede prever el fin que se lograra.”¹¹²

Como se puede observar, la finalidad o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, tiene la capacidad de prever las consecuencias que acarrea su actividad, se fija algún objetivo al realizar determinada conducta, interesa el fin perseguido, mientras en el sistema causalista no interesa el objetivo que buscaba el sujeto, sólo interesa verificar que el resultado producido y que constituye un delito, dependa o sea producto de la actividad realizada por el sujeto, interesa ese nexo causal entre la acción y el resultado producido, sin que se verifique propiamente la finalidad que el sujeto tenía en mente al llevar a cabo una determinada conducta. La acción es conducida desde que el sujeto de manera previa piensa su objetivo, elige los medios para lograrlo y finalmente concluye su objetivo con la realización de la acción que manifiesta al mundo exterior, “su voluntad lleva un fin” y es el de cometer el delito.

En conclusión, la teoría causalista considera a la acción como un producto de la causalidad, un factor causal del resultado, sin tomar en cuenta la intención que tenía el sujeto, importa si el comportamiento que fue movido por la voluntad causo el resultado y no si la voluntad iba dirigida a éste, aunque el

¹¹² GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. **Dogmática Penal en la Legislación Mexicana.** *Op. cit.* pág. 45.

movimiento es voluntario, carece de importancia o se prescinde del fin que se persigue no se considera a la acción con la finalidad del movimiento, sino simplemente como voluntad de llevar a cabo ese movimiento; mientras que la finalista determina dirección o propósito a ese producto causal, es decir, existe una voluntad orientada en determinado sentido, la acción no solamente es un proceso causalmente dependiente de la voluntad, sino por su propia esencia es ejercicio de la actividad final, el hombre prevé las consecuencias de su comportamiento, el sujeto piensa el ilícito y realiza la conducta para llegar a ese resultado, su voluntad va encaminada a un fin consciente y manifestado al mundo exterior.

Respecto a la teoría de la imputación objetiva “se edifica sobre el principio fundamental manifestado por el tratadista Hegel a comienzos del siglo XIX, quien refiere que sólo puede hablarse de imputación a aquello que en una conducta puede ser reconocido como propio del individuo, de tal manera que a una persona solo le puede ser imputado aquello que constituya su obra y no aquello que sea resultado de la simple causalidad.”¹¹³

“De igual manera, según la teoría de la imputación objetiva, no se le puede imputar a una persona lo que fue producido por la mala suerte o incluso por cuestiones del destino.”¹¹⁴

Dicha doctrina surge a partir de los postulados de la teoría causalista y finalista, en el sentido de que nace “...como consecuencia de la discusión general en torno a la ponderación de los desvalores de acción y de resultado, se presentó un enfrentamiento entre los partidarios de una subjetivación total del injusto con acento exclusivo en el desvalor de acción y quienes pretenden reevaluar para el derecho penal el desvalor de resultado. Entre aquellos que se han encaminado por la segunda alternativa se suele hablar de una teoría de la ‘imputación objetiva

¹¹³ DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. Tipicidad e Imputación Objetiva. Ediciones Jurídicas Cuyo. Argentina, 1998. pág. 145.

¹¹⁴ REYES ALVARADO, Yesid. Imputación Objetiva. Segunda edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1996. pág. 49.

del resultado', con la que se busca precisar la forma en que un resultado debe ser atribuido a alguien respecto de quien ya se ha fijado un desvalor de acción."¹¹⁵

“Se basa en el teologismo neokantiano y neohegeliano de principios de siglo, a efecto de superar los problemas existentes en la Teoría del Delito.”¹¹⁶

Busca determinar lo que es atribuido a una persona como su obra propia y por lo tanto serle imputado, al igual que la causalidad, y lo verifica mediante la antijuridicidad y la culpabilidad. Esto en virtud de que la imputación objetiva parte de la teoría de la causalidad, ya que éste último resulta ser un tema inevitable en cuanto a la estructura del delito, en virtud de los principios que tiene en el sentido de que al realizarse una acción se produce un resultado, hay un nexo causal de éste tipo que encontraremos en todos los delitos.

Y más aún, “la imputación objetiva verifica el delimitar los hechos propios realizados por el hombre con su acción u omisión, de aquéllos meramente accidentales. Ya que para que un hecho sea imputable a un sujeto, debe existir una relación del acontecimiento con la voluntad, de tal manera que un resultado podrá serle objetivamente imputado a un individuo, cuando él haya originado un riesgo jurídicamente desaprobado y ese riesgo se haya concretado en un resultado.”¹¹⁷

“Queda de manifiesto la voluntad cuando el sujeto realiza la conducta, o cuando ocurre un hecho, y ese sujeto tiene la capacidad de dirigir y buscar objetivos que se cumplan. Inclusive con su voluntad domina los acontecimientos de la naturaleza al ser puestos en movimiento hasta llegar a modificarlos y convertirlos en hechos propios, debe estar por tanto presente la voluntad del sujeto en la realización de esos objetivos.”¹¹⁸

¹¹⁵ REYES ALVARADO, Yesid. **Imputación Objetiva**. *Op. cit.* págs. 77-78.

¹¹⁶ GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. **Dogmática Penal en la Legislación Mexicana**. *Op. cit.* pág. 46.

¹¹⁷ REYES ALVARADO, Yesid. *Op. cit.* pág. 75.

¹¹⁸ GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. *Op. cit.* pág. 48.

Al igual que la teoría finalista, la imputación objetiva, verifica el aspecto subjetivo en el sentido de que importa la finalidad del sujeto en la realización de la acción (ya sea de movimiento corporal o de omisión), a efecto de alcanzar un fin, quiere la realización de esa acción y puede prever su consecuencia.

En cuanto al modelo lógico tiene como principales exponentes en México a los juristas Olga Islas de González Mariscal y Elpidio Ramírez Hernández, apoyados en los modelos lógicos matemáticos de Lian Karp S. y Eduardo G. Terán, es decir que para la exposición de sus postulados en cuanto a la teoría del tipo, “se apoyan en representaciones gráficas ordenadas de un conjunto de proposiciones lógicas. En dicho modelo lógico se hace una diferenciación entre el conocimiento analítico y el conocimiento sintético, situando en éste último a la teoría del derecho penal, por lo que se basa en que se debe señalar primeramente lo que se pretende explicar, es decir el objeto de conocimiento.”¹¹⁹

El modelo lógico realiza aportaciones a la teoría del tipo, indicando que “el tipo ocupa un lugar preferente frente a la teoría del delito; realiza una agrupación de elementos en dos subconjuntos, tratándose el primero de los presupuestos del delito y en el segundo los elementos típicos constitutivos del delito; se incorpora al tipo como uno de los elementos del delito; hay una ubicación de la imputabilidad en el sujeto activo; se considera como elemento típico y de forma autónoma a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico; de ahí que contribuya a distinguir entre el delito consumado y el delito en grado de tentativa, siendo que en el delito consumado existirá afectación en el bien jurídico y en el delito en grado de tentativa solamente existirá la puesta en peligro del bien jurídico.”¹²⁰

Con éstos sistemas de conocimientos analítico y sintético, se sostiene que hay dos niveles en la ciencia del derecho penal, “uno de ellos el que se conforma a través de un proceso de uniones sintácticas con un método inductivo, por lo que se habla entonces de diversas teorías como conceptos en la teoría general del

¹¹⁹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. **Teoría del Delito**. *Op. cit.* pág. 4.

¹²⁰ **300 Preguntas y Respuestas sobre Derecho Penal**. *Op. cit.* págs. 46-47.

delito, siendo una teoría general de los delitos, una teoría general de las normas jurídicas penales, teoría general de las puniciones, teoría general de las penas, teoría general de las medidas de seguridad. Y asimismo se tiene un método deductivo o también llamado analítico, mediante el cual de igual forma con un proceso de especificación semántica, se elaboran ahora teorías de carácter particular, tanto de los delitos, de las normas penales, de las puniciones, de las penas y de las medidas de seguridad.”¹²¹

Se aprecia que el modelo lógico no se limita a estudiar solamente el delito, sino más bien hace un estudio de todo el derecho penal, por lo tanto además de las normas penales comprende las puniciones, penas e incluso las medidas de seguridad, mediante un enfoque de lógica formal.

Al respecto refiere la profesora Olga Islas González de Mariscal que “...la teoría general de los delitos se apoya en las teorías particulares de los delitos, esto significa que para elaborar la teoría general, primero han de construirse las teorías particulares, el procedimiento para la construcción de esas teorías particulares, y en relación con cada clase de delitos, es igual al procedimiento prescrito en atención a las normas jurídico-penales: es decir: a) primero se efectúa una serie de observaciones; b) segundo, se formula un cuerpo de hipótesis; c) tercero, se someten las hipótesis a un exhaustivo análisis sintáctico y semántico, para su validación o refutación; d) cuarto, se formulan los conceptos específicos explicativos de esa clase de delitos; e) quinto, se estructuran lógicamente los conceptos específicos para obtener la teoría particular.”¹²²

Es decir, según la mencionada autora, para los delitos en conjunto, no hay un teoría general del delito, ya que no hay un delito general, sino que más bien se deben generar teorías particulares para cada delito de que se trate por lo cual para explicarse las teorías particulares de los delitos refiere la misma autora que deben de explicarse: “a) la semántica específica de todos los presupuestos y elementos

¹²¹ GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. **Dogmática Penal en la Legislación Mexicana**. *Op. cit.* pág. 52.

¹²² **Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida**. Quinta Edición. Editorial Trillas. México, 2004. pág. 19.

del delito de que se trate, b) la estructura sintáctica y semántica formada con esos presupuestos y elementos, c) la función de cada presupuesto y cada elemento cumple en la estructura. En consecuencia, la teoría general de los delitos explicara la semántica general de los presupuestos y elementos del delito, la estructura general, sintáctica y semántica de esos presupuestos y elementos y por último la función de cada presupuesto y cada elemento en la estructura. Se puede apreciar que en la integración del delito se hallan implícitos los elementos, los presupuestos e incluso la culpabilidad, que en su conjunto le dan naturaleza al delito como hipótesis normativa prevista en la ley penal.”¹²³

1.5. DOGMÁTICA PENAL

Hay distintos significados de dogmática con una base común que puede mostrarse señalando su origen y relaciones etimológicas.

Todas las concepciones de “dogmática” hacen referencia a la palabra “dogma”, término que viene del “griego *Dogma*, y cuyo significado fundamental es el de “doctrina”; entendiéndose por doctrina como el conjunto de opiniones suscritas por uno o varios autores de reconocida autoridad sobre cualquier materia.”¹²⁴

De ahí que el “Derecho Penal” se interpreta como el “conjunto de normas jurídicas previstas como delitos.”¹²⁵

Es lo que se conoce como Derecho Penal objetivo, es decir el conjunto de normas penales vigentes, como lo son las normas insertas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las Leyes Federales en materia Penal,

¹²³ Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida. *Op. cit.* pág. 19.

¹²⁴ Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa: UNAM: Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2007. pág. 1203.

¹²⁵ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. Teoría de la Ley Penal y del Delito: Legislación, Doctrina, Jurisprudencia y Casos Penales. Editorial Porrúa. México, 2006. pág. 17.

el Código Penal del Distrito Federal y los Tratados Internacionales referentes a la materia penal.

En cambio el Derecho Penal Subjetivo es la facultad que el Estado tiene para imponer las penas o bien las medidas de seguridad, es decir es la potestad que el Estado tiene para sancionar, conocido como el *Ius Puniendi*.

De tal suerte que el Derecho Penal objetivo, es analizado por la Ciencia Jurídico Penal a través de un método dogmático, es decir, se estudia y se desentraña en contenido de las normas penales a través de lo que estudiosos del derecho han planteado; se analiza una norma verificando los elementos de la misma y de esa forma estar en posibilidades de concluir si efectivamente una conducta es considerada o no como delito en nuestra legislación, de ahí que se le denomine **análisis dogmático jurídico penal o ciencia jurídica penal**.

Al respecto el maestro Gerardo Armando Urosa Ramírez cita al autor penalista Grispigni, quien considera que la Dogmatica Jurídico Penal, es aquella "...disciplina que se ocupa del estudio de las normas penales. Su objeto es el de conocer el contenido de los preceptos jurídicos."¹²⁶

El mismo autor cita al tratadista Porte Petit Candaudap, siendo éste último el que refiere que la Dogmática Jurídico Penal "...es el descubrimiento, construcción y sistematización de los principios rectores del ordenamiento penal positivo."¹²⁷

Ahora bien, el maestro Alfonso Pérez Daza, al recordar las ideas del jurista Claus Roxin, refiere: "...la dogmática jurídico-penal es la disciplina que se ocupa

¹²⁶ Teoría de la Ley Penal y del Delito: Legislación, Doctrina, Jurisprudencia y Casos Penales. *Op. cit.*

pág. 18.

¹²⁷ *Idem.*

de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho Penal.”¹²⁸

En conclusión se tiene que la dogmática jurídico penal se encarga de verificar cuando un hecho que es atribuible al hombre, cumple con los elementos que el tipo en particular exige, porque de lo contrario si falta alguno de sus elementos, no se configurara el delito, por lo tanto la dogmática jurídico penal se encarga de asegurarse que existan los elementos comunes a todo delito, y como las conductas son tan variadas, se debe aplicar un método a efecto de realizar una interpretación, un análisis respecto a si una norma jurídica se aplicara o no al caso que se presente.

¹²⁸ **Derecho Penal. Introducción.** Daza Canseco Editores. México, 2002. pág. 231.

CAPÍTULO SEGUNDO

ESTRUCTURA FINAL DEL DELITO

2.1. LA ACCIÓN FINAL Y SU AUSENCIA

La acción final “es también llamada teoría finalista y cuyo surgimiento se debe al jurista Hans Welzel a partir de los estudios que realizó del causalismo, siendo ésta última doctrina la que imperaba a principios del siglo XX, y hasta los años treinta del siglo XX.”¹²⁹

Se tiene conocimiento que la teoría finalista surge a principios de los años 30 del siglo XX.¹³⁰

Exponiendo el doctrinario Welzel en su nueva teoría “una sistematización de la dogmática jurídico penal. Buscando además la comprensión de la acción humana en el sentido de un acontecer guiado por una finalidad, al cual es esencial la unidad funcional de elementos objetivos y subjetivos. De tal manera que la acción se subordina a las exigencias del Derecho para verificar si es o no antijurídica.”¹³¹

Asimismo, indica el mencionado autor Hans Welzel que “la acción no es un proceso meramente causal sino final, es decir, se hace posible percibir en la antijuridicidad no sólo el desvalor del resultado, sino también el de la acción.”¹³²

¹²⁹ GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. **Dogmática Penal en la Legislación Mexicana.** *Op. cit.* pág. 155.

¹³⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría General del Delito.** Tercera Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2004. pág. 28.

¹³¹ **Derecho Penal Alemán. Parte General.** Onceava edición. Editorial Jurídica de Chile. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile, 2002. pág. 5.

¹³² **El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista.** Editorial B de f. Traducción de José Cerezo Mir. Buenos Aires, Argentina, 2002. pág. 26.

De ahí la diferencia con la doctrina causalista, ya que ésta última expone que la antijuridicidad tiene que consistir exclusivamente en el desvalor del resultado, es decir en la lesión del bien jurídico y no puede dar una explicación el que la forma de ejecución de la acción sea ya esencial para el problema de la antijuridicidad.

El jurista Hans Welzel además de analizar en su teoría finalista la estructura y elementos del delito, exponiendo todo un sistema de la Teoría General del Delito, también “estudia el derecho penal, refiriendo que la misión del derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de la vida en comunidad; puntualizando que toda acción humana está sujeta a dos aspectos valorativos diferentes: puede ser valorada de acuerdo al resultado que origina (valor de resultado o material) y, también puede ser valorada independientemente del logro del resultado, según el sentido de la actividad como tal (valor de acto). En consecuencia: la misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares.”¹³³

Al respecto continúa indicando el tratadista Hans Welzel “Toda la vida comunitaria del hombre se estructura, para bien o para mal, sobre la actividad final del hombre. Esto presupone que los miembros de la sociedad pueden actuar conscientes del fin, es decir proponerse fines, elegir los medios requeridos para su obtención y ponerlos en movimiento con conciencia del fin. Esta actividad final se llama <<acción>. Se diferencia del simple suceso de la naturaleza en cuanto éste no es dirigido conscientemente desde el fin a alcanzar, sino que transcurre ya se causalmente ciego o bien —como sucede considerablemente en la naturaleza orgánica, en especial en el mundo animal— adecuando ciertamente al fin, pero sin conciencia del fin (instintivamente). Precisamente la capacidad de voluntad humana de proponerse cualquier fin y sobre la base de su saber causal, poder realizar estos fines de acuerdo a un plan posibilitan al hombre la peculiaridad

¹³³ **Derecho Penal Alemán. Parte General.** *Op. cit.* págs. 1 y 5.

específica, la plenitud y vastedad de su existencia histórica, de su cultura y civilización.”¹³⁴

Por esa razón, la denominación de ésta teoría de “acción final”, ya que se centra en verificar que la conducta humana es desplegada con el propósito de lograr un fin, que es lo que interesa al derecho penal para que esa conducta sea sancionada al ser contraria a lo establecido previamente por el legislador, es por ello que las normas penales contienen acciones que buscan un fin determinado a través de la voluntariedad.

Entonces, “la acción es un acontecer “final” y no solamente “causal” y ese carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias que acarrea la realización de su actividad, puede proponerse fines y dirigir su actividad conforme mejor le parezca para llegar al fin perseguido; la actividad final es un obrar que se orienta de manera consciente desde el fin, en tanto que el acontecer de carácter causal no está dirigido desde el fin, sino que más bien es consecuencia causal de los componentes causales existentes en cada caso, de tal manera que se dice que la finalidad es “vidente”, mientras que la causalidad es “ciega”; es la voluntad consciente del fin, que rige el acontecer causal, la columna vertebral de la acción final.”¹³⁵

La teoría de la acción final estudia la estructura del delito utilizando conceptos previamente desarrollados y asimismo estudiados por la teoría causalista. La teoría de la acción final, da una concepción distinta de la acción respecto a lo aportado por la teoría causalista, siendo que la teoría finalista rechaza que la acción sea simplemente una manifestación de la voluntad por medio del movimiento corporal o bien por la ausencia de ese movimiento que produce un resultado, sino que más bien se basa en que ese movimiento corporal

¹³⁴ **Derecho Penal Alemán. Parte General.** págs. 37-38.

¹³⁵ *Ibidem.* págs. 39-40.

o ausencia de éste, trae como consecuencia un resultado pero a partir de la finalidad que busca su autor.

La acción final se lleva a cabo en dos etapas, la primera de ellas se da en el pensamiento del autor es decir, se forma la anticipación o proposición del fin que se quiere realizar; enseguida el autor realiza la selección de los medios de la acción para lograr el fin, escoge desde el fin los factores causales requeridos como medios de acción.

“Asimismo dentro de la primera etapa el autor toma en cuenta los efectos concomitantes que van unidos a los factores causales considerados junto a la consecución del fin, y en razón de esa consideración de los efectos concomitantes el autor puede reducir los medios escogidos, seleccionar factores antagónicos adicionales que impidan la producción de los efectos concomitantes o bien, dirigir la acción de manera que los evite o todo lo contrario, realice los medios de acción con la idea de que se produzcan esos efectos concomitantes. La segunda etapa consiste en que una vez que existe la anticipación mental del fin, la elección de los medios y se ha tomado en cuenta los efectos concomitantes, el actor efectúa su acción en el mundo real, pone en movimiento los medios de acción de acuerdo a su plan y que han sido escogidos con anterioridad, dando por resultado el fin buscado así como los efectos concomitantes que se han vislumbrado, es un proceso causal en la realidad, y en caso de que no se logre la sobredeterminación final en el mundo real entonces se habla de una acción final intentada.”¹³⁶

Entendiéndose que en la teoría finalista la acción pasa por las fases interna y externa. En la primera se tiene que una vez que el autor se ha propuesto el fin, selecciona los medios para su realización en el mundo externo, pone en marcha, conforme a un plan, el proceso causal, dominado por la finalidad, y procura alcanzar la meta propuesta. Por ello, una acción sólo puede considerarse finalista,

¹³⁶ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. *Op. cit.* págs. 40-42.

en relación a los resultados que se haya propuesto voluntariamente el sujeto y de sus efectos concomitantes.

“En el supuesto de que se produzcan efectos concomitantes y el autor no había previsto que se realizaran o había confiado en que no se produjeran, al no estar comprendidos en la voluntad final de realización, se dice que son producto de un modo puramente causal; entonces esa consecuencia ulterior no querida es producto de un modo causal ciego por la acción final.”¹³⁷

En atención a lo anterior menciona el tratadista Francisco Muñoz Conde “...cuando se dice que la acción final es la base del Derecho penal no se quiere decir que sólo sea el fin de esa acción lo que interesa al Derecho penal, pues éste puede estar igualmente interesado en los medios elegidos para conseguir el fin o en los efectos concomitantes a la realización de ese fin. Por eso los tipos legales son, en definitiva, los que deciden qué partes o aspectos de la acción son o pueden ser penalmente relevantes.”¹³⁸

De ahí que cuando el legislador hace la descripción en el tipo penal de una conducta, no es la descripción de un proceso que sea meramente causal, sino que es un proceso causal pero en la medida en que se deriva de la realización de una acción final humana. Entonces tanto la finalidad, como los medios necesarios para llegar a la misma y los efectos concomitantes deben ser considerados en el primer estadio de la Teoría del Delito, en la acción y por consiguiente en su primera valoración, en la tipicidad, luego se irán verificando otros elementos para acreditar la antijuridicidad de la acción o que determinan la culpabilidad. Debiéndose distinguir entre unas y otras acciones para saber cuál de ellas interesa al Derecho Penal, por lo que se debe verificar cuál es la finalidad al ser realizadas, como ejemplo un disparo con una arma de fuego puede ser con la intención de privar de la vida a alguien, o bien en virtud de que el sujeto se encuentra de caza; por lo que

¹³⁷ WELZEL, Hans. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal**. *Op. cit.* págs. 44-45.

¹³⁸ **Teoría General del Delito**. *Op. cit.* pág. 28.

la finalidad del autor es la que da sentido a la realización de esos procesos causales.

Se entiende entonces que la acción final comprende además del fin último, las consecuencias secundarias y los medios necesarios que la actuación implica. En cuanto a los resultados la acción es finalista tan sólo en relación a aquéllos que fueron propuestos; en los que el fin no fue el propuesto, se dice que la acción es producida de forma causal.

En la teoría finalista se hace la distinción entre finalidad y voluntariedad, indicando que la “voluntariedad” significa que un movimiento corporal y las consecuencias que acarrea, pueden ser encaminadas a algún acto que es voluntario, sin importar las consecuencias que buscaba lograr el autor; mientras, a la finalidad le es básico verificar las consecuencias queridas ya que sin finalidad sólo queda existente la voluntariedad.”¹³⁹

Se considera en la teoría de la acción final a los delitos dolosos de comisión y al respecto se tiene que en el ordenamiento jurídico se escoge y prohíbe aquellas acciones en las cuales la voluntad de realización está dirigida a la producción de un resultado socialmente no deseado, y al llevarse a cabo ese resultado independientemente de que sea el fin, el medio o un efecto concomitante de la acción será sancionado. Además, “el ordenamiento jurídico se ocupa de las acciones finales no tanto respecto al fin, sino en cuanto a que el actor confié en la no producción de determinados resultados socialmente no deseados o no piense en ellos, se espera a que el actor emplee en la elección y en la aplicación de sus medios de acción un mínimo de dirección final, es decir que tenga cuidado para evitar efectos concomitantes no queridos y socialmente no deseados y en caso de que el resultado no deseado se produzca acarrea una sanción, son los delitos culposos de comisión. Asimismo, el ordenamiento jurídico manda la ejecución de acciones para la conservación del bien jurídico y conmina

¹³⁹ WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal. *Op. cit.* pág. 45.

con una pena la omisión de dichas acciones, son los denominados delitos de omisión.”¹⁴⁰

Continuando con ésta hipótesis, el doctrinario Reinhart Maurach menciona: “Todo delito es primeramente acción: una conducta socialmente relevante, dominada por la voluntad dirigente ‘final’ del autor, encaminada a un determinado resultado, conceptualmente, sólo el hombre individual es un sujeto capaz de cometer una acción; las corporaciones no lo son, en sentido jurídico penal. La acción es la base común a todas las formas de delito. Ella cubre tanto los delitos de acción como de omisión, los hechos punibles dolosos, así como los culposos. La diferencia dentro de las últimas dos categorías no se funda en la cuestión de si hay o no una dirección de la voluntad, sino en cómo ella es dirigida: mientras en los hechos dolosos el objeto de actuación de la voluntad es el resultado (típico o legal) desaprobado, los hechos culposos se caracterizan como infracciones jurídicas no dolosas pero evitables. Es por ello que la acción se compone siempre de la voluntad y su actuación, mientras el resultado causado por ella, constituye el paso al tipo ilícito. Por dicha razón se hace en este punto la distinción de las dos formas básicas de la conducta delictiva: el hecho punible doloso, que es la forma principal y general del acontecer criminal, y el delito culposo.”¹⁴¹

Hay comportamientos humanos que en nada interesan al campo del derecho penal, ya que a éste sólo le importan aquéllas acciones que son voluntarias, por lo que no existirá acción penalmente relevante cuando falte la voluntariedad del sujeto. Entonces al presentarse el aspecto negativo de la acción, el delito no está completamente integrado, no hay por consiguiente delito alguno que perseguir.

El delito para integrarse requiere de una serie de elementos para su existencia, le son indispensables, y cuando algún elemento del delito no se integra

¹⁴⁰ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. *Op. cit.* págs. 44-45.

¹⁴¹ Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Teoría General del Derecho Penal y Estructura del Hecho Punible. Traducción de Jorge Bofill Genzsch. Editorial Astrea. Buenos Aires Argentina, 1994. pág. 230.

por completo o se excluye por alguna hipótesis, es cuando hablamos de aspectos negativos del delito, que algunos les llaman excluyentes de responsabilidad penal, o causas de exclusión del delito o bien causas de inimputabilidad, entre otras. En nuestra legislación Penal Federal y asimismo del Distrito Federal en sus respectivos capítulos se les denomina “causas de exclusión del delito”, en donde se establecen las causas por las cuales no se configura el delito.

Por lo que al presentarse el aspecto negativo del primer elemento en éste caso de la acción o conocida en nuestra legislación local como “conducta”, no puede surgir el segundo elemento y sus subsecuentes, ni tampoco pueden presentarse sus aspectos negativos.

Se considera a la conducta (de acción y de omisión) como primer elemento del delito y presenta como aspecto negativo a la denominada “ausencia de conducta”, existiendo ésta última cuando hay una causa que excluye la integración de la conducta por lo cual no queda debidamente conformada y por consiguiente queda excluido el delito.

Al respecto indica el artículo 15 fracción I del Código Penal Federal que el delito se excluye cuando:

“I. El hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente.”¹⁴²

(...)

El artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, en su fracción I hace mención a la ausencia de conducta como una causa de exclusión del delito, indicando:

“El delito se excluye cuando:

¹⁴² Instituto de Investigaciones Jurídicas. Legislación Federal. [en línea]. <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s=>> Fecha de consulta 28 de septiembre del 2011.

I. (Ausencia de conducta). La actividad o la inactividad se realice sin intervención de la voluntad del agente;...”¹⁴³
(...)

Como se aprecia, en ambas legislaciones se permite excluir aquellos comportamientos del ser humano que no tienen el carácter de ser voluntarios que es al final de cuentas lo que interesa al Derecho Penal y, como se ha expuesto, se requiere la voluntad del sujeto al realizar su acción, que ésta vaya dirigida a conseguir una finalidad, tanto con la elección de medios como con la previsibilidad de los efectos concomitantes para ser considerada como ilícita, y al existir una ausencia de voluntad, a pesar de que se realicen los movimientos corporales que constituyen la acción o bien exista la inactividad del sujeto y se llegue a presentar un resultado típico o material, el delito no existirá ante la falta de voluntariedad.

La ausencia de conducta ha sido ampliamente discutida existiendo uniformidad de criterios en considerar a la *vis absoluta* o llamada también fuerza física; a la *vis maior* o conocida como fuerza mayor y, a los movimientos reflejos, como hipótesis de ausencia de conducta, mismos que a continuación se explican:

I. La *vis absoluta* o fuerza física, puede ser conceptuada como: “Fuerza física que proviene del hombre, con el carácter de ser irresistible para el sujeto que la recibe, y por consiguiente no existe la voluntariedad de éste en realizar la actividad o bien en la inactividad que se esperaba, más bien es considerado como un instrumento de una voluntad ajena puesta en movimiento a través de una fuerza física de la cual no puede oponerse.”¹⁴⁴

Como característica esencial de este supuesto de ausencia de conducta es la ausencia de voluntariedad por parte del sujeto que realiza la conducta.

¹⁴³ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Legislación Local. [en línea]. *Op. cit.* <<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/323/30.htm?s=>> Fecha de consulta 28 de septiembre del 2011.

¹⁴⁴ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. *Op. cit.* pág. 291.

Es decir, el sujeto actúa en virtud de una fuerza física exterior que le resulta superior a él mismo, por lo que no puede oponerse a la misma, se ve sometido por dicha fuerza, de ahí que ejecute irremediamente lo que no ha querido ejecutar, a través de ésta fuerza realiza la acción u bien la omisión, de tal suerte que no existe su voluntad, por lo cual esa actividad o inactividad no resulta relevante para el Derecho ante la falta de voluntariedad, y al ser éste el elemento esencial de la conducta, se está en presencia del aspecto negativo de la conducta que es la ausencia de conducta.

“La valoración de irresistible, no puede salir de la esfera personal del sujeto que recibe la fuerza, pues al no existir estándares de su medición (como ocurre en física cuya unidad de medida es el joule cuyo valor es g/cm), en Derecho Penal la determinación sólo es en función de las condiciones personales o, incluso circunstanciales, en que el sujeto recibe la fuerza, con tal que sea suficiente para extinguir su voluntad, es decir, eliminación de su capacidad de autogobernarse o autodeterminarse en sus movimientos o en su inactividad.”¹⁴⁵

Para considerar a la ausencia de conducta como causa de exclusión del delito en virtud de la presencia de la *vis absoluta* o fuerza física, se deberá valorar el carácter de irresistible en función de las condiciones personales y circunstanciales del sujeto para considerar que efectivamente el sujeto no podía oponerse a dicha fuerza y por lo tanto no existe la voluntad de que se produzca una finalidad de carácter penal, un ilícito; porque en caso de que la existe la posibilidad de que la persona pueda resistirse a ella, no se excluye la acción.

Al respecto referimos la siguiente tesis aislada:¹⁴⁶

FUERZA FÍSICA EXTERIOR IRRESISTIBLE, EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD DE ELEMENTOS CONSTITUTIVOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS). Para que

¹⁴⁵ GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. Dogmática Penal en la Legislación Mexicana. Op. cit. pág. 370.

¹⁴⁶ Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Instancia: Primera Sala. Vols. 151-156 .Segunda Parte. pág. 56. Tesis Aislada.

proceda la excluyente de responsabilidad prevista en la fracción I del artículo 17 del Código Penal del Estado de Chiapas, consistente en obrar bajo el impulso de una fuerza física exterior irresistible, se necesita comprobar la existencia de una fuerza material, no moral, sino violenta de hecho; que la fuerza física sea exterior, es decir, provocada físicamente de fuera del sujeto que la sufre e irresistible para él, al grado de que supere su propia resistencia, incapacitándolo para autodeterminar su conducta y para actuar con autonomía. Amparo directo 6293/81. Alfonso Guillén Hernández. 25 noviembre de 1981. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

Apreciándose en la *vis absoluta* o fuerza física los siguientes elementos:

- 1) Existencia de una fuerza física.
- 2) La fuerza física es exterior proveniente del hombre.
- 3) Es irresistible para el sujeto que la recibe.
- 4) No hay voluntariedad en el actuar del que la recibe.

II. La *vis maior* o fuerza mayor, es la “fuerza física o de naturaleza material, proveniente del actuar instintivo de los animales o de hechos naturales, de carácter irresistible para las condiciones personales del sujeto que la recibe que extingue la voluntad.”¹⁴⁷

En ésta causa de exclusión del delito, el sujeto realiza una conducta ya sea de acción o de omisión, pero coaccionado por una fuerza irresistible que proviene de la naturaleza o bien de los animales, al igual que la anterior, no hay voluntad por parte del sujeto que la recibe, también se debe valorar el carácter de irresistible en función de las condiciones personales y circunstanciales del sujeto para considerar que efectivamente el sujeto no podía oponerse a dicha fuerza y por lo tanto no hay voluntariedad en el fin.

La diferencia con la *vis absoluta* o fuerza física es que ésta última proviene de una fuerza del hombre y la *vis maior* de la naturaleza o del carácter instintivo de

¹⁴⁷ GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. **Dogmática Penal en la Legislación Mexicana.** *Op. cit.* pág. 370.

los animales; agregando el doctrinario Pavón Vasconcelos que “dicha fuerza física puede provenir de la naturaleza e incluso de seres irracionales.”¹⁴⁸

“En caso de que la fuerza física provenga de los animales, debe ser producto de su carácter instintivo, puesto que si el animal actúa debido a que el hombre le incita a atacar, entonces se considera que la fuerza tiene su origen en la conducta humana que está utilizando como instrumento o medio al animal, y estará presente entonces la *vis absoluta* y no la *vis maior*, existiendo falta de voluntad en el sujeto que recibe esa fuerza que en realidad provendrá de otra conducta humana.”¹⁴⁹

Apreciándose en la *vis maior* o fuerza mayor los siguientes elementos:

- 1) Existencia de una fuerza física.
- 2) La fuerza física es exterior proveniente de la naturaleza o de los animales.
- 3) Es irresistible para el sujeto que la recibe.
- 4) No hay voluntariedad en el actuar del que la recibe.

III. Los movimientos reflejos, “son actos corporales que son involuntarios, en virtud de ser todo cambio que sufre el cuerpo humano como respuesta del sistema nervioso a un estímulo.”¹⁵⁰

Como por ejemplo el golpe en la rodilla que provoca el movimiento del pie, y en caso de que este movimiento cause un accidente como lesionar a alguien, se consideraría la existencia de la ausencia de conducta en virtud de no existir la voluntad del sujeto a provocar ese resultado. Estará presente la culpabilidad solo en el supuesto de que el sujeto haya previsto el resultado o bien no lo haya previsto siendo previsible.

¹⁴⁸ **Manual de Derecho Penal Mexicano.** *Op. cit.* pág. 292.

¹⁴⁹ GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. **Dogmática Penal en la Legislación Mexicana.** *Op. cit.* pág. 370.

¹⁵⁰ *Idem.*

Otro ejemplo de este supuesto de ausencia de conducta son las convulsiones epilépticas, siendo que el movimiento no está controlado por la voluntad; no hay voluntariedad cuando una persona que se encuentra de compras y al tener en la mano algún objeto valioso, sufre en ese momento una crisis epiléptica.

En relación a esto, indica muy acertadamente el jurista Francisco Muñoz Conde que “los movimientos reflejos nada tienen que ver con los actos en cortocircuito, considerados como reacciones impulsivas o explosivas, habiendo existencia de la voluntad por parte del sujeto, incluso pudiendo ser sólo una participación de la voluntad de forma fugaz, y al existir esa voluntad, por consiguiente no hay causa de exclusión del delito por ausencia de conducta.”¹⁵¹

En ésta consideración se tiene como ejemplo el sujeto que al estar robando y portar una arma de fuego, se pone nervioso y de manera instintiva aprieta el gatillo al percibir de manera equivocada que el sujeto pasivo quiere huir, apreciándose que en realidad no es un movimiento reflejo, sino que de manera voluntaria e instintiva el actor trata de evitar que el ofendido huya del lugar.

Refiriendo el Doctor Eduardo López Betancourt, que “en los movimientos reflejos habrá culpabilidad del sujeto cuando haya previsto el resultado que pudiera ocasionar, o bien no lo previo siendo que estaba en posibilidades de hacerlo, presentándose la culpa con representación y sin representación, por tanto no se considerara a los movimientos reflejos como ausencia de conducta en el supuesto de que los mismos se puedan controlar o bien retardar.”¹⁵²

Apreciándose en los movimientos reflejos como presencia de ausencia de conducta, los siguientes elementos:

- 1) Existencia de un cambio en el cuerpo humano.

¹⁵¹ **Teoría General del Delito.** *Op. cit.* pág. 32.

¹⁵² **Teoría del Delito.** *Op. cit.* pág. 108.

- 2) Cambio proveniente de una respuesta del sistema nervioso a un estímulo.
- 3) No hay voluntariedad por parte del sujeto.

2.2. TIPICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

La estructura de la acción final, considera que la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son elementos del delito, es decir que “una acción se considerara como delito cuando infringe el ordenamiento previamente establecido en los tipos penales y puede ser reprochada al autor en concepto de culpabilidad.”¹⁵³

Por tanto debe existir una adecuación de la conducta realizada por el hombre, al tipo penal existente en un determinado ordenamiento jurídico.

Independientemente de la corriente que se adopte, la tipicidad es considerada como la adecuación a lo descrito por el tipo; el legislador ha plasmado en las normas jurídicas penales, cuándo una conducta es considerada antisocial, describe las características de una conducta realizada por el hombre que debe ser sancionada. Existiendo normas prohibitivas e imperativas; las prohibitivas son aquéllas que restringen la realización de conductas que afectan bienes jurídicos; en cambio las normas imperativas son aquéllas que describen lo que el hombre debe cumplir, es dirigida a determinado tipo de sujetos, por estar obligados a obedecer lo establecido por ese tipo de normas.

“La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten a la acción en un delito. La culpabilidad -la responsabilidad personal por el hecho antijurídico- presupone la antijuridicidad del hecho, del mismo modo que la antijuridicidad tiene que estar, a su vez, concretada en tipos legales. La

¹⁵³ WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal. *Op. cit.* pág. 69.

tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad están vinculadas lógicamente, de tal modo, que cada elemento posterior del delito presupone al anterior.”¹⁵⁴

Entonces en la teoría finalista se estima que la tipicidad es un indicio de la antijuridicidad, pues una vez que se adecua determinada conducta a lo descrito por el legislador en el tipo penal, se trasgrede por consiguiente el deber normativo que se encuentra inmerso en el propio tipo penal, por lo que se habla de que tanto tipo penal como antijuridicidad son elementos que se encuentran estrechamente vinculados, presuponiéndose uno con otro al igual que con la culpabilidad.

El tratadista Reinhart Maurach indica que: “Se entiende por tipo la descripción que el legislador hace de un determinado comportamiento humano antijurídico. Por ello, el tipo es en primer término una acción legalmente tipificada. Debe, por consiguiente, comprender aquellos elementos que constituyen también la esencia de la acción. La voluntad enfocada a determinada dirección y la puesta en acción de dicha voluntad. Sin embargo, y debido a que el completo contenido de ilícito de una acción sólo puede ser aportado por un resultado, separable de aquélla en el plano del pensamiento, y que siempre es sólo determinable conforme a criterios jurídico-penales, tal resultado es componente del tipo. Con ello aparece el tipo como fenómeno complejo, que contiene en sí la voluntad, la actuación de esta voluntad y el resultado.”¹⁵⁵

Es importante no confundir el tipo penal con la tipicidad, “el primero de ellos se refiere a la creación legislativa, a la descripción que el Estado hace de una conducta y que se encuentra plasmada en los preceptos penales, mientras la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.”¹⁵⁶

¹⁵⁴ WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal. *Op. cit.* pág. 69.

¹⁵⁵ Derecho Penal. Parte General. Tomo I. *Op. cit.* pág. 350.

¹⁵⁶ CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. (Parte General). Cuadragésima cuarta edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2003. pág. 167.

En la legislación Penal mexicana no existe específicamente un tipo penal que indique lo que se considera como tipicidad, pero la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal establece:

“El delito se excluye cuando:

(...)

II. Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate;”¹⁵⁷

(...)

Lo que significa en una interpretación *contrario sensu* que, para la existencia del delito, se requiere la presencia de todos y cada uno de los elementos del tipo penal de que se trate, es decir se refiere a la existencia de la tipicidad, siendo esta la adecuación en el tipo penal de la conducta desplegada por el sujeto activo.

Existen disposiciones jurídicas que se refieren a la producción de un resultado material o bien típico, como lo es el artículo 7 y 9 del ordenamiento penal en comento, el primero de éstos indica que en los delitos de resultado material, también le será atribuible el resultado típico, lo mismo sucede con relación a la culpa señalada en el mismo precepto en su párrafo segundo, es decir que forma parte de la tipicidad la presencia del resultado típico o material.¹⁵⁸

Cabe mencionar que el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 2 puntualiza:

“No podrá imponerse pena o medida de seguridad, si no se acredita la existencia de los elementos de la descripción legal del delito de que se trate...”¹⁵⁹

¹⁵⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas. **Legislación Federal**. *Op. cit.* [en línea]. <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s=>> Fecha de consulta 28 de septiembre del 2011.

¹⁵⁸ *Idem.*

¹⁵⁹ **Código Penal para el Distrito Federal**. *Op. cit.* pág. 1.

Es decir, dicha normatividad también establece implícitamente que debe haber una adecuación de la conducta al tipo penal en estudio, y cuando eso sucede, estamos en presencia de una conducta de carácter delictiva, por lo cual debe ser sancionada.

Por su parte indica el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 3, que una conducta ya sea de acción o de omisión serán penalmente relevantes, cuando se realicen dolosa o bien culposamente, aunado a lo referido en el artículo 4 del mismo ordenamiento, en donde estipula que dichas conductas serán delictivas cuando lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, el bien jurídico tutelado por la ley penal; observándose de lo anterior que para la existencia de la tipicidad, además de que exista la adecuación de la conducta a lo descrito en el tipo penal, también debe presentarse la existencia del dolo o de la culpa y además, la puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la ley penal.¹⁶⁰

La tipicidad cuenta con su aspecto negativo al que se le ha denominado “atipicidad” y es considerado como “la inadecuación a lo descrito en el tipo penal.”¹⁶¹

Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta éste aspecto negativo del delito, es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo, si la conducta no es típica, por consiguiente no será delictuosa.

Advierte el maestro Pavón Vasconcelos que “atipicidad se presenta, cuando un determinado comportamiento humano previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo, habrá atipicidad entonces por ausencia de una adecuación típica.”¹⁶²

¹⁶⁰ **Código Penal para el Distrito Federal.** *Op. cit.* pág. 1.

¹⁶¹ GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. **Dogmática Penal en la Legislación Mexicana.** *Op. cit.* pág. 370.

¹⁶² **Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General.** *Op. cit.* pág. 326.

Existe distinción entre ausencia de tipo y ausencia de tipicidad o llamada también atipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir de la gente debería ser incluida en el código penal como delito, es lo que muchos le han llamado “lagunas en la ley”, ya que determinada conducta que la sociedad considera contrario a sus normas sociales, no se encuentra prevista como delictiva. En cambio, la atipicidad o ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta de determinado individuo, la “...conducta no llega a ser típica por la falta de alguno o alguno de los elementos descriptivos del tipo, ya con referencia a cualidades en los sujetos, de referencia temporales o espaciales, de elementos subjetivos, etc.”¹⁶³

Es importante señalar que la atipicidad no sólo se refiere exclusivamente a la inadecuación de la conducta al tipo, ya que el tipo no se conforma solamente con la acción o la omisión realizada por el sujeto, sino que el tipo penal se conforma además con otros elementos mencionados en el mismo, a efecto de llevar a cabo la mejor tutela posible del bien jurídico, por lo tanto entre mayor sea el número de elementos enunciados en el tipo penal, asimismo será mayor el número de hipótesis para la presencia de la atipicidad, ya que ésta existe al faltar alguno de los requisitos que el tipo penal exige; por consiguiente entre menor sea el número de elementos descritos en la normatividad penal, también será menor el número de elementos para la presencia de la atipicidad.

Los artículos 15 fracción I y 29 fracción I, de los Códigos Penales Federal y del Distrito Federal respectivamente y ya mencionados con antelación, establecen las hipótesis en las que se presentara el aspecto negativo de la tipicidad. Desprendiéndose que efectivamente la atipicidad opera en razón al contenido del tipo penal de que se trate; o bien, inclusive puede ser que no se adecuó a esa descripción típica, pero sí cubra los elementos exigidos en otro tipo penal, es a lo

¹⁶³ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. **Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal.** *Op. cit.* pág. 366.

que se le denomina “traslación del tipo”, con lo que cabe la posibilidad de la existencia de una conducta delictiva pero diversa a la que se trataba de encuadrar.

“La palabra “traslación del tipo” solo se emplea en forma ilustrativa para evidenciar la integración de un delito diferente a aquel cuyo análisis inicial no se conformó, no tanto que el tipo sea el que realice traslación, sino la conducta es la que encuentra cabida por su descripción en otro tipo penal.”¹⁶⁴

En atención a lo indicado, no puede considerarse que es causa de atipicidad cuando al no haber bien jurídico, objeto material o los medios idóneos, no se produce el resultado que debía producirse, pero efectivamente el sujeto exterioriza en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado u omitiendo los que deberían evitarlo.

No quiere decir que por faltar éstos elementos señalados en el tipo penal, no hay delito sino más bien, estamos en presencia de la denominada tentativa punible, la cual se encuentra prevista en el artículo 12 de la legislación penal federal que en su párrafo primero establece:

“Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.”¹⁶⁵

Es decir, si falta el bien jurídico o falta el objeto material o se encuentra ausente la idoneidad de los medios, sucede por causas ajenas a la voluntad del sujeto, toda vez que se aprecia perfectamente la finalidad delictiva al haber realizado todo o parte de la conducta que debería producir el resultado, quedando satisfechos los requisitos formales de la descripción de la tentativa punible.

¹⁶⁴ GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. **Dogmática Penal en la Legislación Mexicana**. *Op. cit.* pág. 372.

¹⁶⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas. **Legislación Federal**. *Op. cit.* [en línea]. <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s=>> Fecha de consulta 28 de septiembre del 2011.

Por su parte, establece el artículo 20 del Código Penal para el Distrito Federal:

“(Tentativa punible) Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando, en parte o totalmente, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado.”¹⁶⁶

Se aprecia que la legislación del Distrito Federal es concorde con la legislación de carácter federal, estableciendo que en la tentativa punible existe la finalidad del sujeto de conseguir un resultado típico, el cual no se produce, sin embargo en la legislación local requiere que se ponga en peligro el bien jurídico tutelado; entonces se vislumbra que en la legislación penal federal aunque no exista una puesta del bien jurídico tutelado existe su correlativa sanción.

La doctrina indica que hay diversas hipótesis por las que se presenta el aspecto negativo de la tipicidad siendo: “la falta de calidad o número exigido en cuanto al sujeto activo; la falta de calidad o número respecto al sujeto pasivo; cuando hay ausencia de objeto material o bien objeto jurídico, o bien existiendo no se satisfacen las exigencias que pide la ley respecto a sus atributos; cuando se da la conducta pero están ausentes las referencias ya sea temporales o espaciales que se exige; cuando no se dan los medios de comisión señalados y por último, cuando faltan los elementos subjetivos del injusto.”¹⁶⁷

La atipicidad existe cuando no se cumple con la calidad o el número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo. La ley describe en los preceptos legales la conducta que es antijurídica y por consecuencia debe ser sancionada,

¹⁶⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas. **Legislación Federal**. *Op. cit.* [en línea]. <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s=>> Fecha de consulta 28 de septiembre del 2011.

¹⁶⁷ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Manual de Derecho Penal Mexicano**. *Op. cit.* pág. 326.

establece los elementos que deben de constituir un delito; el cual al no cumplir con lo establecido en el tipo penal, automáticamente constituye una conducta atípica por no encuadrar en el delito en estudio y sin estos dos elementos el mismo no existe, aunado a que en las conductas del sujeto activo y el pasivo la tipicidad está ausente en virtud de que dichas conductas no se ajustan a lo descrito por la ley, tanto en su calidad como cantidad.

Para ejemplificar se tiene el delito de incesto, el cual requiere la calidad entre el sujeto pasivo y activo de hermanos o ascendientes o descendientes consanguíneos en línea recta, en cuanto a la cantidad se refiere al número que la ley exige para la comisión del delito, como en el caso de la pandilla, en la que se requiere de tres o más personas en la comisión de algún hecho delictivo.

Cuando falta el objeto material o el objeto jurídico como se ha indicado, es otra causa de atipicidad. Por ejemplo en el robo simple, ilícito que no se presenta si no existe el bien robado, ya que es el indicio principal para ejercitar acción penal y llevar a cabo la consignación respectiva ante los tribunales, y entonces estar en condiciones de aplicarle al activo la sanción correspondiente. Otro ejemplo es en el delito de homicidio, “cuando el sujeto pasivo ya se encontraba privado de la vida, entonces en consecuencia ya no existe el objeto jurídico protegido.”¹⁶⁸

Otra causa de atipicidad es cuando no se dan las referencia temporales o espaciales requeridas en el tipo, como por ejemplo en el delito de estupro, en donde el tipo penal exige que la ofendida sea mayor de doce y menor de dieciocho años, obteniendo su consentimiento por medio de cualquier tipo de engaño. O bien en tipos penales en los que se exige que el hecho se realice en determinado lugar.

Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley es otra causa de atipicidad, como pudiera ser en aquellos

¹⁶⁸ CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. *Op. cit.* pág. 176.

delitos que exige se lleven a cabo mediante la violencia física o moral, como por ejemplo en el delito de violación; o, mediante el engaño en el caso del estupro.

Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos, también se considera como causa de atipicidad, ya que hay tipos penales que exigen determinados elementos de carácter subjetivo, que indican la intención que el sujeto tiene, como por ejemplo en los tipos penales que establecen “a sabiendas”, “intencionalmente”.

2.3. ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE LICITUD

Se considera antijuridicidad como “...la contradicción de una realización típica con el ordenamiento jurídico en su conjunto (no sólo con una norma aislada).”¹⁶⁹

El legislador ha tenido a bien establecer normas jurídicas de acuerdo a los usos y costumbres que se desprenden de la época y sociedad en la que se vive, así como a las necesidades que prevalecen, esto con el fin de proteger la convivencia del hombre en sociedad, por tanto la antijuridicidad al ser considerada como lo contrario a derecho, es contrario a lo que la sociedad desea, es romper con la armonía que en ella prevalece y que se ha regulado mediante la creación de normas jurídicas plasmadas por el legislador en un cuerpo normativo.

El penalista Hans Welzel indica que “la antijuridicidad se caracteriza frecuentemente como un “juicio negativo de valor” o como “un juicio de desvalor” sobre la conducta típica.”¹⁷⁰

“La antijuridicidad es el choque de la conducta con el orden jurídico, el cual tiene además del orden normativo, los preceptos permisivos.”¹⁷¹

¹⁶⁹ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán.** *Op. cit.* pág. 60.

¹⁷⁰ *Ibidem.* pág. 61.

Es lo contrario a lo que la ley prevé de acuerdo a lo que el legislador ha plasmado en un cuerpo legal, en el presente caso en la legislación penal, ya sea a nivel Federal, local, o bien del Distrito Federal, son normas jurídicas que fueron realizadas a efecto de convivir en sociedad y no trasgredir los derechos de terceros.

Hay quienes confunden la antijuridicidad con el injusto, e incluso utilizan dichos términos como sinónimos, pero es importante resaltar que el “injusto” más bien se refiere propiamente a la conducta antijurídica, es decir la esencia de la antijuridicidad.

En atención a lo mencionado, resalta el tratadista Hans Welzel que: “La mayor parte de las veces son utilizados indistintamente, lo cual, en gran parte, no es perjudicial. En algunos casos, sin embargo, puede dar lugar a confusiones. La antijuridicidad es una mera relación (una contradicción entre dos miembros de una relación); lo injusto, por el contrario, es algo sustancial: la conducta antijurídica misma. La antijuridicidad es un predicado, lo injusto un sustantivo. Lo injusto es la forma de conducta antijurídica misma: la perturbación arbitraria de la posesión, el hurto, la tentativa de homicidio. La antijuridicidad es una cualidad de estas formas de conducta y precisamente la contradicción en que se encuentran con el ordenamiento jurídico. Existe, pues, un injusto penal específico, del mismo modo que hay un injusto civil o administrativo específico (un ejemplo del primero es la tentativa y del segundo la perturbación arbitraria de la posesión), pero existe sólo una antijuridicidad unitaria. Todas las materias de prohibición, reguladas en los diversos sectores del Derecho, son antijurídicas para todo el ordenamiento jurídico.”¹⁷²

Al aspecto negativo de la antijuridicidad se le denomina causas de justificación o como se ha nombrado en el presente trabajo “causas de licitud”, en

¹⁷¹ **300 Preguntas y Respuestas sobre Derecho Penal (Parte General) Teoría del Delito. Análisis doctrinal, Legislativo y Jurisprudencial.** pág. 78.

¹⁷² WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán.** *Op. cit.* págs. 61-62.

virtud de la cuales la conducta está permitida o autorizada por la ley, no viola ninguna norma penal, el agente realiza su conducta con una voluntad consiente, en condiciones normales de imputabilidad, pero su conducta no será delictiva por encontrarse autorizada en la ley, es una conducta lícita al encontrarse autorizada por el ordenamiento jurídico, por lo que no se exige responsabilidad alguna a la persona que se encuentre en alguno de estos supuestos de licitud.

Se prefiere nombrarles como CAUSAS DE LICITUD en vez de causas de justificación, ya que si una conducta se encuentra tipificada como delito, pero la norma penal autoriza su realización, entonces al ser la conducta lícita, no es que se encuentre justificada, no se puede justificar algo lícito, por tanto no es adecuado llamarles causas de justificación cuando la ley misma autoriza la realización de algún acto.

A diferencia de lo que sucede con las causas de exclusión de la culpabilidad, las causas de licitud no sólo impiden que se pueda imponer una pena al autor de un hecho típico, sino que convierten ese hecho en lícito. Además, “la existencia de una causa de justificación exime de la comprobación de la culpabilidad del autor, ya que la culpabilidad sólo puede darse una vez comprobada la existencia de la antijuridicidad.”¹⁷³

Asimismo las causas de licitud “...se extiende hasta dónde llega la protección normativa del bien que, por renuncia de su titular o por mayor importancia de otro, se permite atacar. Toda extralimitación o exceso en el ejercicio de una causa de justificación o lesión de un bien extraño será, por lo tanto antijurídica.”¹⁷⁴

En la doctrina existen diversos postulados respecto a la presencia de alguna causa de licitud, considerándose: A) Ausencia de interés o por la existencia de un interés preponderante; B) legítima defensa; C) estado de necesidad; D)

¹⁷³ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría General del Delito**. *Op. cit.* págs. 109-110.

¹⁷⁴ *Idem.*

cumplimiento legítimo de un deber; y E) ejercicio legítimo de un derecho. Los cuales enseguida se analizan en consideración a lo establecido en nuestra legislación penal mexicana tanto federal como de carácter local.

A) AUSENCIA DE INTERÉS O POR LA EXISTENCIA DE UN INTERÉS PREPONDERANTE. Indica que habrá causa de licitud, “cuando la conducta o hecho siendo típicos, están permitidos, facultados o autorizados por la ley.”¹⁷⁵

La ausencia de interés se refiere al “consentimiento del ofendido o el consentimiento presunto del ofendido, por consiguiente si el titular no está de acuerdo o no expresa su voluntad aceptando la lesión del bien tutelado, entonces la acción es antijurídica, en cambio si expresa su voluntad de aceptar esa lesión, se considerara esa conducta con el carácter de lícita.”¹⁷⁶

Hipótesis que se encuentra prevista en el artículo 15 fracción III del Código Penal Federal, al señalar que el delito se excluye cuando:

(...)

“III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;”¹⁷⁷

(...)

¹⁷⁵ GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. **Dogmática Penal en la Legislación Mexicana**. *Op. cit.* pág. 373.

¹⁷⁶ *Idem.*

¹⁷⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas. **Legislación Federal**. *Op. cit.* [en línea].

<<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s=>> Fecha de consulta 28 de septiembre del 2011.

En cuanto al Código Penal para el Distrito Federal, dicha hipótesis se encuentra de manifiesto en el artículo 29 fracción III, señalando que el delito se excluye cuando:

(...)

“III. (Consentimiento del titular). Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un bien jurídico disponible;
- b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.

Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento.”¹⁷⁸

(...)

Como se puede observar, ambas legislaciones coinciden en las hipótesis respecto a las cuales se podrá excluir el delito en lo que respecta al consentimiento del ofendido, y uno de ellos es que el bien jurídico sea disponible sin embargo, éstas legislaciones penales no establecen cuáles son esos bienes jurídicos disponibles y cuáles no lo son, por lo que pudiera considerarse que los bienes jurídicos disponibles son aquellos en los que la ley otorga efectos jurídicos al acto de manifestación de la voluntad del titular, para transmitir el bien jurídicamente protegido o para autorizar su lesión, verificando por tanto si los bienes jurídicos son auténticos derechos subjetivos tutelados o bien se refiere a un interés jurídicamente protegido, o bien que se trata de un derecho objetivo.

¹⁷⁸ **Código Penal para el Distrito Federal.** *Op. cit.* pág. 3.

Respecto a la hipótesis de que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo, o, como se indica el Código Penal para el Distrito Federal, que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien, se dirige a señalar que la persona tenga la capacidad de ejercicio, y son aquéllos que tienen la calidad de titulares del bien jurídico, así como al que este legitimado para ello, por tanto no necesariamente será el titular del bien, lo puede ser el representante legal o el representante voluntario del titular.

Además, “la manifestación del consentimiento debe ser expresa o tácita, debe llevarse a cabo con anterioridad o simultáneamente a la realización de la acción o la omisión, ya que el consentimiento posterior carecerá de toda validez, en materia penal el consentimiento será siempre revocable y sin que medie vicio de consentimiento, es decir que se haya obtenido el consentimiento mediante el engaño, la violencia, la intimidación o las amenazas.”¹⁷⁹

“El consentimiento no puede ser después de la comisión del delito, porque en caso de que se quiera consentir la conducta realizada por el agente después de la consumación del delito, entonces se estaría hablando no del consentimiento si no del perdón del ofendido, pero obviamente sólo en los casos en que los delitos sean perseguibles mediante querrela.”¹⁸⁰

El tratadista Jiménez de Asúa, hace un importante razonamiento respecto al consentimiento del titular del bien jurídico afectado, como causa de licitud indicando que “...dicha hipótesis no puede ser considerada como causa justificante puesto que cuando se realiza el robo, la violación, la detención ilegal, y se hace con consentimiento del sujeto pasivo. Por consiguiente no da lugar a la existencia de cualquiera de esos delitos, puesto que existen delitos que llevan

¹⁷⁹ CEREZO MIR, José. Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, España, 1994. págs. 80-81.

¹⁸⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. Cuarta edición. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, Argentina, 1983. pág. 611.

como elemento esencial, el supuesto de que se realizan contra la voluntad o sin la voluntad del sujeto pasivo.”¹⁸¹

Considera que lo que sucede es que se impide que el delito nazca por falta de uno de los elementos característicos de la especial figura delictiva, se encuentra más bien la ausencia del tipo, no puede existir un robo que se encuentra justificado porque su titular autorizó que lo llevará a cabo, más bien lo que existe es la figura jurídica de la donación.

La jurista Olga Islas de González Mariscal no considera el consentimiento como una causa de licitud, sino más bien como un hecho que según los efectos que produzca, da lugar a alguno de los cuatro supuestos de atipicidad, quedando extinguido el bien jurídico; el objeto material; “por impedir la configuración de la figura típica o, por excluir la lesión y la puesta en peligro del bien...) Y continúa apuntando que “...una vez que existe el consentimiento por parte del titular del bien jurídico por ejemplo en el robo, se elimina la posesión que es el bien jurídico tutelado; anula la ajenidad de la cosa mueble en dicho delito. En la comisión del ilícito de la violación, cuando existe el consentimiento, anula por consiguiente la configuración de la acción de copular por medio de la violencia física o moral. En el delito de abuso sexual al existir el consentimiento, no suprime la libertad sexual pero provoca que se impida su lesión siendo el bien jurídico que se tutela.”¹⁸²

En cuanto al principio del **interés preponderante**, que es el fundamento de las causas de licitud, se “...tiene que su esencia radica en considerar la existencia de una causa de licitud cuando la conducta lesiona un bien jurídico, para salvaguardar otro bien jurídicamente protegido por la ley, considerado cuantitativa o cualitativamente de mayor jerarquía.”¹⁸³

¹⁸¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo IV. Cuarta edición. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, Argentina, 1983. pág. 629.

¹⁸² **Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida**. *Op. cit.* pág. 58.

¹⁸³ GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. **Dogmática Penal en la Legislación Mexicana**. *Op. cit.* pág. 373.

El sujeto lesiona un bien jurídico pero con el objeto de salvaguardar otro bien jurídicamente protegido por la ley verificando un criterio que toma en cuenta la cantidad del bien como basado en la calidad de los bienes.

B) LA LEGÍTIMA DEFENSA. Se define como "...la repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el Derecho."¹⁸⁴

Es "la defensa necesaria para hacer frente a una agresión antijurídica actual contra uno mismo u otra persona."¹⁸⁵

Causa de licitud que se encuentra prevista en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal Federal, y asimismo en la fracción IV del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, los cuales señalan respectivamente:

"Artículo 15. El delito se excluye cuando:

(...)

IV. Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares

¹⁸⁴ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. *Op. cit.* pág. 353.

¹⁸⁵ MAURACH, Reinhart. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Teoría General del Derecho Penal y Estructura del Hecho Punible. *Op. cit.* pág. 437.

en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión,”¹⁸⁶

(...)

“Artículo 29 El delito se excluye cuando:

(...)

IV. (Legítima defensa). Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.”¹⁸⁷

(...)

Artículos de los que se desprenden requisitos indispensables para que una conducta se encuentre amparada por ésta causa de licitud, mismos que a continuación se explican:

I. Existencia de una agresión. “Entendiéndose por agresión cualquier ataque a los bienes jurídicos de una persona, ya sea a través de la fuerza física o

¹⁸⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas. **Legislación Federal**. *Op. cit.* [en línea]. <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s=>> Fecha de consulta 28 de septiembre del 2011.

¹⁸⁷ **Código Penal para el Distrito Federal**. *Op. cit.* págs. 6 y 7.

bien moral. Esa violencia debe ser injusta, es decir que no se encuentra amparada por alguna norma penal y no ajustada a alguna norma permisiva. Además esa agresión debe ser en contra de la persona, su patrimonio o sobre sus bienes; debiendo concurrir la voluntad del agresor y que no exista en su favor alguna causa de exclusión de su voluntad como la *vis maior*, *vis absoluta* o los movimientos reflejos.”¹⁸⁸

La doctrina reconoce una extensión a la defensa, esto es, que “la legítima defensa puede ser realizada por un sujeto distinto del que recibe la agresión; generándose tres supuestos, el primero es la defensa propia, el segundo la defensa de un pariente, y por último la defensa de un extraño.”¹⁸⁹

II. La agresión debe ser real. Real porque su existencia debe presentarse de forma objetiva, que se aprecie a través de los sentidos por ser material.

III. La agresión debe ser actual o inminente. No puede considerarse que hubo necesidad de la defensa por parte del sujeto, respecto de hechos ocurridos con antelación a la misma “defensa”, ya que la misma no es necesaria en ese momento por no existir el peligro derivado de la agresión, por lo cual ese contraataque no resulta legítimo. Asimismo, ese contraataque no debe ser posterior a la agresión, porque en ese momento ya existe la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, ya no hay nada que defender en ese preciso momento, por esa razón se habla de que se debe defender una agresión actual.

La agresión debe ser actual, “que se realice en el momento, no en forma pasada ni en forma futura.”¹⁹⁰

¹⁸⁸ PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Teoría del Delito. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2004. pág. 143.

¹⁸⁹ *Idem*.

¹⁹⁰ OSORIO Y NIETO, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal. Parte General. Tercera edición. Editorial Trillas, México, 1990. pág. 61.

Que la agresión sea inminente, indica que se está por defender una agresión que se ve próxima y de forma inmediata, por tanto la agresión no es actual, pero sí sabe que esa agresión va a suceder, está por acontecer, entonces se está en necesidad de la defensa, misma que en ésta hipótesis será legítima.

IV. La agresión debe ser sin derecho. Esa agresión que se recibe, la despliegan sin autorización por ordenamiento legal alguno, no hay autorización para poner en riesgo o peligro bienes jurídicamente tutelados. Por consiguiente, no opera la legítima defensa por conductas autorizadas por la ley.

V. La legítima defensa debe ser realizada en protección de bienes jurídicos propios o ajenos. La defensa que se emplee debe ser indispensable, ya que el ataque del cual es víctima el sujeto debe ser inevitable por otro medio menos lesivo, debiéndose analizar los medios con los que disponía en ese momento el sujeto para evitar la agresión, el tiempo en que se sufrió y del lugar de la agresión.

Es decir, “se verifican los elementos objetivos y subjetivos que se presentan al momento de que se ejerce la defensa para determinar si efectivamente se trata de una causa de exclusión del delito.”¹⁹¹

Para que opere la legítima defensa, el sujeto debe emplear el contraataque en la protección de bienes jurídicos, por lo que si actúa por una causa diferente, no será una conducta lícita.

Asimismo los ordenamientos penales invocados, indican la existencia de la defensa propia, en la que el propio titular del bien jurídico es quien ejerce el contraataque que debe ser necesario.

¹⁹¹ PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. **Teoría del Delito**. *Op. cit.* pág. 143.

La defensa a favor de terceros, se refiere a que es un tercer sujeto al agredido el que realiza el contraataque para salvaguardar bienes jurídicos de los que no es titular.

VI. Necesidad de la defensa. Se refiere a que “la defensa del agredido debe ser indispensable para detener la violencia injusta en la que se ve envuelto, no debe haber exceso en la legítima defensa.”¹⁹²

El sujeto que defiende, lo hace en virtud de que es la única forma en que el peligro puede evitarse, la persona no tiene otra opción, hay necesidad de su empleo por lo que se justifica la defensa, por tanto la existencia de la agresión, su actualidad o inminencia forman parte de la necesidad de que la agresión exista, y será legítima durante todo el tiempo en que la agresión se desarrolle manteniéndose el peligro a los bienes, entonces cuando deja de existir la agresión y por consecuencia el peligro, también cesa la necesidad de la defensa.

VII. Racionalidad de los medios empleados. Este requisito sólo se encuentra previsto en el Código Penal Federal, sin que se mencione en el Código Penal de la entidad. Y se refiere a que “debe existir racionalidad tanto en la especie como en la medida de los medios empleados para repeler la agresión, y que debe ser racional y suficiente para que se extinga ese peligro.”¹⁹³

VIII. No medie provocación dolosa suficiente. Pudiéndose entender provocación dolosa suficiente, lo que motiva la provocación para darse el surgimiento de la agresión, y que debe ser de carácter doloso, además ésta provocación extinguirá la legítima defensa cuando provenga del agredido o bien de aquella persona a quien se está defendiendo, agregando la legislación penal Local además de esto, que la provocación no provenga del defensor.

¹⁹² PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. **Teoría del Delito**. *Op. cit.* pág. 143.

¹⁹³ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría General del Delito**. *Op. cit.* pág. 124.

De lo que se puede apreciar, que tal vez la persona que está defendiendo a un tercero, no tiene conocimiento que éste sujeto fue quien motivo o provocó la agresión, y que como se establece no operara la legítima defensa, por lo cual dicha conducta debe verificarse en la figura jurídica de la inculpabilidad como aspecto negativo del delito y que más adelante se explicara.

“No debe considerarse como legítima defensa cuando la agresión fue provocada intencionalmente para luego invocar legítima defensa, porque más que ser un derecho, se hablará entonces de un abuso del derecho y una manipulación del agresor.”¹⁹⁴

IX. Inmediatez en la provocación. Indica que no debe existir un intervalo de tiempo entre la incitación de la agresión y la presencia de ésta, por lo que no debe haber provocación inmediata por parte del agredido o de la persona a la que se defiende y la agresión que éstos reciban, porque de lo contrario no existe legítima defensa.

C) ESTADO DE NECESIDAD. Es la “...situación de peligro real, grave, inminente, inmediato para la persona, su honor, o bienes propios o ajenos, que sólo puede evitarse mediante la violación de otros bienes, jurídicamente tutelados, pertenecientes a persona distinta.”¹⁹⁵

El estado de necesidad es otra causa de licitud que se encuentra regulada en la fracción V, tanto del artículo 15 del Código Penal Federal, como del 29 del Código Penal para el Distrito Federal y que rezan de la siguiente forma:

“Artículo 15. El delito se excluye cuando:

(...)

V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no

¹⁹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría General del Delito**. *Op. cit.* pág. 124.

¹⁹⁵ OSORIO Y NIETO, César Augusto. **Síntesis de Derecho Penal**. *Op. cit.* pág. 62.

ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;”¹⁹⁶

(...)

“Artículo 29. El delito se excluye cuando:

(...)

V. (Estado de necesidad). Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;”¹⁹⁷

(...)

Ordenamientos jurídicos de los que se desprenden los siguientes requisitos para que el estado de necesidad opere como causa de licitud:

I. La existencia de un peligro. El peligro consiste en la “probabilidad de un daño o la probabilidad de que se presente un resultado temido.”¹⁹⁸

Se requiere la presencia de un peligro para encontrarse en estado de necesidad, es decir que exista una situación que genere algún riesgo de provocar daño a los bienes jurídicos propios o ajenos.

“El deber de afrontar el peligro, no es de carácter absoluto, hay un límite y éste será la imposibilidad del ejercicio del deber impuesto, sólo puede sufrirse dentro de los límites razonablemente humanos.”¹⁹⁹

¹⁹⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas. **Legislación Federal**. *Op. cit.* [en línea]. <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s=>> Fecha de consulta 28 de septiembre del 2011.

¹⁹⁷ **Código Penal para el Distrito Federal**. *Op. cit.* pág. 7.

¹⁹⁸ PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. **Teoría del Delito**. *Op. cit.* pág. 149.

¹⁹⁹ GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. **Dogmática Penal en la Legislación Mexicana**. *Op. cit.* pág. 372.

II. Real. “Se plantea en oposición a lo irreal, figurado o fantasioso. Esa situación que genere algún riesgo de provocar daño a los bienes jurídicos debe tener una existencia material, objetiva, que se aprecie a través de los sentidos, no debe estar sólo en la creencia del agente.”²⁰⁰

III. Actual o inminente. El peligro debe ser presente, no pasado ni futuro, pues si existe tiempo para meditar y evitar el peligro entonces el sacrificio de otro bien jurídico no se justifica.

“Lo inminente implica que el peligro se presenta en el momento en que la persona actúa para salvar el bien jurídico.”²⁰¹

Lesionando otro bien jurídico de menor o igual valor y para salvar uno de mayor jerarquía, debe ser porque el peligro es actual, ya que si es anterior, no se requiere la conducta para salvaguardar bienes, toda vez que ya no se encontrarían en peligro, por lo tanto de igual manera si es posterior al riesgo, ya no hay nada que proteger, la lesión ya ha surtido todos sus efectos. Pero si se está en inminente peligro el bien jurídico, es decir se sabe que va a suceder prontamente, y aunque no se actual, la conducta si se actualiza, por lo que la lesión de bienes jurídicos de menor o igual valor se presenta como estado de necesidad.

IV. Ponderación de bienes jurídicos. Como el mismo precepto del Código Penal Federal lo indica, se refiere a que para que proceda el estado de necesidad como causa de licitud, debe lesionarse otro bien de menor o igual valor que el salvado.

V. El peligro no ocasionado dolosamente por el agente. Es decir, “...que el peligro en el que se ve envuelto el bien, no es ocasionado por la conducta del agente, en el sentido de que motiva, inicia o estimula el surgimiento

²⁰⁰ PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. **Teoría del Delito**. Op. cit. pág. 149.

²⁰¹ *Idem*.

del peligro de forma dolosa, porque entonces hay entonces una violación del deber de cuidado, por tanto al ser doloso no puede configurarse la figura del estado de necesidad como causa de licitud.”²⁰²

VI. Que el peligro no sea evitable por otros medios. Para que opere el estado de necesidad, “el peligro no debe ser evitable de cualquier otra forma, es decir que no hay otra solución por la forma en cómo se desencadenan los hechos, más que el sacrificio de otro bien de menor o igual valor.”²⁰³

VII. Que el agente no tenga el deber jurídico de afrontarlo. Se refiere a que la persona que tenga en riesgo sus bienes jurídicos, no tenga necesidad de que su conducta se ajuste a la norma jurídica que le imponga el deber de enfrentar aún a su propio sacrificio el daño que pueda generarle el riesgo, se supone que el que actúa en esta situación no está obligado a soportarla. “Pero si la situación es normal dentro del ámbito de su profesión entonces está, en principio, obligado a soportarla.”²⁰⁴

D) CUMPLIMIENTO LEGÍTIMO DE UN DEBER. Causa de licitud en la cual la persona actúa cumpliendo con un deber de carácter jurídico o bien ejerciendo un derecho que le corresponde, entonces, la persona actúa “...por obligación, ya sea que esta obligación provenga de la ley o que provenga de un superior jerárquico.”²⁰⁵

Se encuentra señalada en la fracción VI del artículo 15 del Código Penal Federal y 29 fracción VI del Código Penal para el Distrito Federal, los cuales a continuación se mencionan:

“Artículo 15. El delito se excluye cuando:

(...)

²⁰² GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. **Dogmática Penal en la Legislación Mexicana.** *Op. cit.* pág. 373.

²⁰³ *Ibidem*, pág. 372.

²⁰⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría General del Delito.** *Op. cit.* pág. 129.

²⁰⁵ OSORIO Y NIETO, César Augusto. **Síntesis de Derecho Penal.** *Op. cit.* pág. 63

VI. La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;²⁰⁶

(...)

“Artículo 29. El delito se excluye cuando:

(...)

VI. (Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho). La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo;²⁰⁷

(...)

Como se aprecia, la legislación de carácter federal, indica que debe existir necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber, en cambio la legislación de la entidad, indica que la racionalidad debe ser de la conducta, sin señalar racionalidad del medio empleado. Existiendo en ambas legislaciones requisitos para que proceda el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho como una causa más de licitud, siendo los siguientes:

I. La existencia de una norma jurídica. Para que alguien pueda actuar cumpliendo un deber jurídico, debe existir una ley que se lo permita, la causa de licitud estará debidamente integrada, no sólo con la realización de una acción o de una omisión que le son impuestas, sino con la observancia de las disposiciones que regulan el cumplimiento de su deber, por lo tanto su cumplimiento es legítimo, “no solamente debe ser de carácter penal esa ley que se está obligado a cumplir, ya que por un lado tendrá un deber impuesto por una norma y por otro lado puede

²⁰⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Legislación Federal. [en línea]. <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s=>> Fecha de consulta 28 de septiembre del 2011.

²⁰⁷ Código Penal para el Distrito Federal. *Op. cit.* pág. 7.

existir la observancia de las disposiciones jurídicas aplicables para su cumplimiento, como disposiciones complementarias reglamentarias, entonces se estaría realizando lo estrictamente permitido, sin ir más allá de lo autorizado y evitando por ejemplo abuso de autoridad, porque en consecuencia no se estaría en cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho como causa de licitud.”²⁰⁸

II. Necesidad racional del medio o de la conducta empleados. La racionalidad en el medio empleado alude a dos situaciones, la primera derivada de la condición especial en la que se encuentra el sujeto activo, y la segunda se desdobla de los medios que emplea para cumplir el deber, los cuales deben compararse cualitativa y cuantitativamente a fin de establecer si existe proporcionalidad del deber jurídico que se trataba de cumplir y, en su caso, del bien jurídico que se dañó o puso en peligro.

“Se busca que la lesión o puesta en peligro no se realice con el objetivo de perjudicar a otro, alude precisamente a los límites de actuación de los servidores públicos, deben de actuar de acuerdo a las facultades encomendadas y sin caer en arbitrariedades.”²⁰⁹

En el cumplimiento del deber, deben emplearse precisamente los medios o, ejecutarse la conducta que son necesarios para cumplir con lo que la ley les permite, de acuerdo a las funciones que el sujeto desarrolle.

El ejercicio de un derecho tiene carácter potestativo como causa de licitud, en cambio el cumplimiento de un deber es de carácter obligatorio, pero como se ha mencionado el sujeto debe emplear los medios necesarios, ya que se encuentra autorizado por normas de derecho, pero en caso de un incumplimiento total, entonces su conducta resulta antijurídica, por no cumplir con lo impuesto por la norma, pudiéndole incluso ser imputable el resultado típico o material a título de

²⁰⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría General del Delito**. *Op. cit.* págs. 131-133

²⁰⁹ PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. **Teoría del Delito**. *Op. cit.* pág. 152.

omisión, ya sea de forma dolosa o bien culposa, pero si deja de cumplir por atender otro deber igualmente impuesto, no ocurrirá una conducta antijurídica.

E) EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO. Otra causa de licitud regulada en el Código Penal Federal en su artículo 15 fracción VI y en el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 29 fracción VI que han sido transcritos anteriormente, lo constituye el ejercicio legítimo de un derecho, del que se considera su presencia cuando se realiza una facultad que se encuentra autorizada por una norma jurídica, “siempre y cuando exista necesidad racional de la conducta o medio empleado y no sea con la finalidad de causar perjuicio.”²¹⁰

Para que opere ésta causa de licitud se deben cumplir con los siguientes requisitos:

I. La preexistencia de un derecho. Debe existir una norma jurídica que verifique el derecho del sujeto, puede suceder que sean de diversa naturaleza o jerarquía en el sistema jurídico, esto tendrá relevancia para verificar el valor de los bienes tutelados, por lo tanto prevalecerá la norma que tutela un bien más valioso, independientemente de la ubicación en el sistema. Si la acción o la omisión está permitida y mandada por la ley, entonces el daño ocasionado no será ilegítimo.

II. La racionalidad del medio o de la conducta empleados. Deben emplearse los medios o ejecutarse la conducta necesaria para desarrollar la facultad que establece la norma de derecho. Tiene diferencia con el cumplimiento de un deber en el sentido de que éste último tiene una naturaleza obligatoria, en cambio la naturaleza en el ejercicio de un derecho es de carácter potestativa, por lo tanto, el hecho de no ejercer derecho no constituye delito alguno.

²¹⁰ GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. **Dogmática Penal en la Legislación Mexicana.** *Op. cit.* pág. 381.

III. No realizarse con el solo propósito de perjudicar a otro. Hipótesis sólo prevista en la legislación federal, no así en el Distrito Federal, y se refiere a que el ejercicio del derecho debe desenvolverse atendiendo a la tutela de bienes o valores relevantes que es su principal fin u objetivo del derecho, y sin que se busque perjudicar a otro con dicho ejercicio.

2.4. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD

La culpabilidad es considerada como otro elemento del delito, y tiene como presupuesto la existencia de la acción típica y antijurídica, mismos que han sido analizados anteriormente.

No hay una opinión unánime respecto a la manera de definir a la culpabilidad, o bien respecto a los elementos que la integran, esto en virtud de la evolución que han tenido las ideas a través de los tiempos, por lo que un psicologista, un normativista o un finalista dan diversos conceptos de culpabilidad.

“Para el criterio psicologista la culpabilidad consiste en el nexo psicológico que une al sujeto con la conducta o el resultado material. Para el normativista la culpabilidad es el nexo psicológico entre el sujeto y la conducta o el resultado material, reprochable, y por último la teoría finalista, considera a la culpabilidad como la reprochabilidad de la conducta, sin considerar el dolo como elemento de la culpabilidad, sino de la conducta.”²¹¹

Se considera a la culpabilidad como el “reproche al autor de la conducta violatoria del deber jurídico penal, por el conocimiento que tiene de que con su acción u omisión no va a salvar bien jurídico alguno o de que existe otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.”²¹²

²¹¹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. **Teoría del Delito**. *Op. cit.* pág. 213.

²¹² ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. **Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida**. *Op. cit.* pág. 67.

La doctrina en lo que sí ha resultado concordé es que “mientras la antijuridicidad constituye un juicio despersonalizado de desaprobación sobre el hecho, la culpabilidad requiere, además, la posibilidad de atribución de ese hecho desvalorado a su autor.”²¹³

Asimismo el jurista Santiago Mir Puig, citando lo expuesto por el penalista Welzel, indica que “...la antijuridicidad constituye una relación desfavorable ‘entre la acción y el ordenamiento jurídico’ mientras que la culpabilidad fundamenta el reproche personal frente al autor.”²¹⁴

Refiere el doctrinario Heinrich Jescheck, “...culpabilidad significa entonces que deben valorarse negativamente los principios orientadores por los que el autor se ha dejado llevar en la formación de la voluntad, y que cabe por ello reprocharle personalmente el hecho, o dicho más brevemente: culpabilidad es reprochabilidad de la formación de voluntad.”²¹⁵

La libertad de decisión del hombre es vital en el juicio de culpabilidad y por tanto la culpabilidad es considerada como principio rector de la justicia penal, ya que la pena se funda en el hecho de constatar que al autor le es reprochable la ejecución.

En atención a lo anterior, el mismo autor Hans Heirich Jescheck indica: “El principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión del hombre, pues sólo cuando existe básicamente la capacidad de dejarse determinar por las normas jurídicas puede el autor ser responsable de haber llegado al hecho antijurídico en lugar de dominar los impulsos criminales.”²¹⁶

²¹³ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal. Parte General.** Tercera edición. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1990. pág. 575.

²¹⁴ *Idem.*

²¹⁵ **Tratado de Derecho Penal. Parte General.** Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Cuarta edición. Editorial Comares Granada. Granada, España, 1993. pág. 364.

²¹⁶ *Ibidem.* pág. 367.

Entonces, la culpabilidad comprende todos los presupuestos al tenor de los cuales una persona puede hacérsele responsable de su acción antijurídica, por tanto, culpabilidad hace referencia a todo tipo de participación que el sujeto tenga en un hecho delictuoso, y esa responsabilidad es lo que se considera como culpabilidad. Esto, en virtud de que el sujeto de propia voluntad realiza determinada conducta o bien la omisión de ésta cuando se está obligado a actuar de determinada manera, de ahí el reproche de culpabilidad, hay una autodeterminación de su parte para conducirse, para dirigir su voluntad.

Se considera que no se puede demostrar la fundamentación del reproche de culpabilidad en la libertad del hombre como ser individual, y que sólo cabe un juicio de culpabilidad pero socialmente comparativo, en el sentido de que se debe estimar si una persona estando en el lugar del autor del hecho, hubiera podido actuar de alguna otra forma, y es por eso que en esa comparación existirá el juicio del reproche para estimar la culpabilidad.

En este sentido, señala el tratadista Hans Welzel "...a través de la voluntad el autor hubiera podido dirigir de acuerdo a la norma su conducta, el objeto primario del reproche de culpabilidad es la voluntad y sólo a través de ella también toda la acción. Por eso se puede con igual derecho designar como "culpable" tanto la voluntad de acción como toda la acción. Culpabilidad es "reprochabilidad" de la configuración de la voluntad. Toda culpabilidad es según esto "culpabilidad de voluntad". Sólo aquello respecto de lo cual el hombre puede algo voluntariamente le puede ser reprochado como culpabilidad."²¹⁷

Como se puede apreciar, la culpabilidad tiene su fundamento en los procesos anímicos de la voluntad, ya que responden a la determinación propia que el individuo tiene, es una autodeterminación derivada de los impulsos de la razón, que dirigen esa voluntad del sujeto, es decir el sujeto puede conducirse por sí mismo y decidir la forma en que desea dirigir su voluntad.

²¹⁷ **Derecho Penal Alemán.** *Op. cit.* pág. 167

Al respecto el jurista Hans Heinrich Jescheck sostiene: “La posibilidad de determinación de la actuación descansa en la capacidad del hombre para controlar los impulsos que inciden sobre él y dirigir sus decisiones conforme a sentido, valores y normas.”²¹⁸

Observándose entonces que la culpabilidad presupone que el hombre pueda decidir libremente, y además que debe realizarlo correctamente, hay una valoración respecto a su conducta, siendo que una vez que haya una valoración correcta, las acciones humanas son determinadas y ajustadas al deber.

Menciona el mismo autor Hans Heinrich Jescheck: “La conciencia constituye el medio a través del cual se perciben los conceptos valorativos y se enjuician por adelantado las acciones propias. Racionalmente, resulta tan poco explicable como la libertad, pero, al igual que ésta, se acepta como evidente por todo el mundo. La conciencia es una fuerza que se encuentra *a priori* en el hombre, se desarrolla ya desde la más tierna infancia, pasando por varias etapas, y conduce en la personalidad madura a aquel conocimiento natural del Derecho que capacita al hombre para evitar por lo general el injusto, sin necesidad de mayores reflexiones. Los juicios de la conciencia son por lo común, como los de un juez insobornable, claros e incondicionales, y son admitidos sin reparos por la propia persona, aún cuando esta trate de disculpar su fracaso ante el mundo que la rodea.”²¹⁹

Es decir, todos aquéllos procesos que intervienen en la formación de la voluntad, se encuentran relacionados íntimamente con el juicio de culpabilidad, el reproche de culpabilidad presupone que el autor se había podido motivar de acuerdo a lo establecido en la ley, de que habría podido conducir su voluntad de acuerdo a lo establecido en la norma jurídica, ya que el autor es capaz de motivarse de acuerdo a la misma, tomando en cuenta la imputabilidad, y tiene comprensión de la antijuridicidad, hay una comprensión de lo injusto.

²¹⁸ **Tratado de Derecho Penal. Parte General.** Op. cit. pág. 369.

²¹⁹ *Ibidem.* pág. 372.

Mientras que el autor Hans Welzel indica: “La culpabilidad es la falta de autodeterminación conforme a sentido de un sujeto que era capaz para ello. No es la decisión conforme a sentido a favor de lo malo, sino el quedar sujeto y dependiente, el dejarse arrastrar por los impulsos contrarios al valor...”²²⁰

“La culpabilidad no significa decisión libre a favor del mal, sino dependencia de la coacción causal de los impulsos, por parte de un sujeto que es capaz de autodeterminarse conforme a sentido. El delito es, por ello, efectivamente por entero, el producto de factores causales y, por eso, la suposición o incluso la indicción de un porcentaje de la medida en que también la voluntad libre del autor junto a la disposición y medio ambiente ha participado en la génesis del delito.”²²¹

La culpabilidad, presupone la libertad de decisión del hombre. La conciencia del derecho es lo que capacita al hombre para distinguir entre el derecho y el injusto, al tener conciencia del derecho, hace propios los mandatos y prohibiciones jurídicos, incluso el conocimiento puramente racional de los mandatos jurídicos y la conciencia puede resultar completada por informaciones debidamente recabadas.

La culpabilidad puede ser definida mediante la palabra de “reprochabilidad”, “es lo que adeuda el autor que podía actuar conforme a las normas, y no lo hizo; la culpabilidad es una cualidad valorativa negativa de la voluntad de la acción, pero no es la voluntad misma; es la voluntad de la acción, antijurídica y culpable.”²²²

De las ideas expuestas, se puede concluir que la culpabilidad es el juicio de reproche que se dirige en contra del sujeto activo de un delito, que ha realizado la lesión o puesta en peligro de un bien jurídicamente protegido a pesar de que tenía la posibilidad de actuar de otra manera.

²²⁰ **Derecho Penal Alemán.** *Op. cit.* pág. 177.

²²¹ *Idem.*

²²² WELZEL, Hans. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal.** *Op. cit.* pág. 127.

Se deduce que “pertenece a la culpabilidad, no sólo la voluntad de la acción, sino también el dolo, siendo que pertenecen a la culpabilidad todos los caracteres del delito propios a ella, siendo la acción, la tipicidad y la antijuridicidad; sólo una conducta típica y antijurídica puede ser culpable.”²²³

Enseguida se proceden a explicar las formas de culpabilidad que la doctrina ha aceptado, siendo las siguientes:

A) DOLO. “Es el querer, dominado por el saber, de la realización del tipo objetivo. Aparece como la voluntad de actuar, referida al resultado que sustenta la acción.”²²⁴

Es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con la voluntad o aceptación en la realización del mismo al tener conocimiento de su antijuridicidad o bien que tiene conocimiento que su conducta es contraria al orden y la paz social.

En los delitos dolosos “el dolo es un elemento del tipo subjetivo y queda, por ello, constatada una vez que se tiene conocimiento de la tipicidad de la acción. En la culpabilidad se examina la medida de la reprochabilidad personal del dolo y de los demás elementos subjetivos del tipo como las intenciones que tenía el autor entre otras, se verifican todas las circunstancias externas e internas que han influido en la decisión concreta, en el momento concreto.”²²⁵

Existen tres clases del dolo, siendo el dolo directo, eventual y de consecuencia necesaria, los cuales a continuación se puntualizan:²²⁶

²²³ WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal. *Op. cit.* págs. 128-129.

²²⁴ MAURACH, Reinhart. Derecho Penal. Parte General. *Tomo I. Op. cit.* pág. 376.

²²⁵ WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal. *Op. cit.* pág. 127.

²²⁶ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del Delito. *Op. cit.* págs. 225-226.

1.- Dolo directo.- En ésta modalidad, “el autor del delito se encuentra plenamente consciente de realizar con su acción los elementos del tipo correspondiente, desea perseguir el resultado.”²²⁷

En este tipo de dolo se quiere la conducta o el resultado; el dolo se caracteriza en querer el resultado, si es delito material y en querer la conducta, si es un delito formal; es decir, el sujeto activo prevé la producción del resultado al haber una representación en su mente de lo que ocurrirá, existe por tanto la voluntad de realizar esa conducta y la representación del resultado producido del cual acepta y quiere su cumplimiento.

2.- Dolo eventual.- En éste tipo de dolo, “el autor no desea el resultado, no obstante está decidido a obtener el objetivo extratípico por él perseguido, teniendo en cuenta determinada probabilidad de concreción del resultado típico, o, en todo caso, consciente en su realización o se conforma con ella, o bien, consciente en la no deseada o, al menos indiferente concreción del resultado.”²²⁸

Hay una representación del resultado, pero no hay voluntariedad del mismo, ya que no se quiere la producción del resultado, sino se acepta en caso de que se produzca, ya que el sujeto activo sabe que puede ocurrir un resultado, por lo que no lo impide, más aún así, continua con su conducta para que se verifique, por lo que hay una representación del posible resultado y aceptación del mismo.

Al respecto de dolo directo y dolo eventual Maurach los ejemplifica mencionando que “existe la seducción de una doncella de menos de dieciséis años para sostener relaciones sexuales, y que en caso de que al autor le interese precisamente consumar la relación sexual con una mujer tan joven, actúa con intención, y al saber que la mujer con la que consuma dicha relación tiene sólo quince años de edad (sin que sea precisamente la edad lo que lo induzca), actúa con dolo directo. Si, en cambio, no sabe exactamente la edad de la doncella, pero

²²⁷ MAURACH, Reinhart. **Derecho Penal. Parte General.** Tomo I. *Op. cit.* pág. 386.

²²⁸ *Ibidem.* págs. 386-387.

calcula que según su apariencia puede ser menor de dieciséis años, entonces tiene por seriamente posible la realización típica y se contenta con ella; actúa entonces con dolo eventual.”²²⁹

3.- Dolo de consecuencia necesaria.- El sujeto activo queriendo el resultado, prevé como seguro otro resultado derivado de la misma conducta.

El cuanto a su contenido el dolo se divide en las siguientes hipótesis:²³⁰

1.- De daño.- El resultado es un daño que provoca la destrucción o disminución real de un bien jurídico.

2.- De peligro.- El sujeto activo busca la producción de un daño efectivo, pero el resultado sólo es de peligro.

3.- De daño con resultado de peligro.- El sujeto activo busca conseguir un daño, y la ley, da por hecho el momento consumativo previo a la ejecución del perjuicio.

4.- De peligro con resultado de daño.- El sujeto activo busca ocasionar el peligro, pero la punibilidad está condicionada a la comprobación de un resultado de daño.

B) CULPA.- Es aquél resultado típico y antijurídico, que no es querido ni aceptado por su autor, pero que resultaba previsto o bien previsible, a consecuencia de una acción u omisión voluntarias y que podía evitarse si se hubiera cumplido con el ordenamiento jurídico y aconsejable por los usos, costumbres y cultura del sujeto.

²²⁹ MAURACH, Reinhart. **Derecho Penal. Parte General.** Tomo I. *Op. cit.* pág. 385.

²³⁰ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. **Teoría del Delito.** *Op. cit.* pág. 230.

“En los delitos culposos hay que hacer la distinción si el autor había previsto la posibilidad de la lesión o el peligro, típicos, del bien jurídico (culpa consciente), o había podido preverla (culpa inconsciente).”²³¹

La doctrina es concorde en verificar la existencia de dos clases de culpa mencionadas, siendo “la consciente o también llamada con representación o previsión; e inconsciente, denominada sin representación o sin previsión.”²³²

1.- Culpa consciente o con representación o previsión.- El sujeto se percata, se ha representado la posibilidad de que el resultado típico se produzca, pero no las toma en cuenta confiando en que no se producirá.

En ésta clase de culpa, “el reproche de la culpabilidad se basa en que el autor ha confiado en que no se produciría el resultado que consideraba posible, no debiendo haber confiado en ello, dadas las circunstancias del caso que le eran conocidas.”²³³

2.- Culpa inconsciente, sin representación o sin previsión.- El sujeto no previó el resultado por descuido y siendo que tenía la obligación de preverlo por ser previsible e incluso evitable.

“El reproche de la culpabilidad se basa en que el autor, al emprender su acción, no ha previsto la posibilidad de la producción del resultado típico habiendo podido preverla.”²³⁴

Existen algunos delitos que no se pueden cometer culposamente, tal es el caso del delito en estudio de inseminación artificial, contemplado en específico en el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 150, que en Capítulo subsecuente se analizara.

²³¹ WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal. *Op. cit.* pág. 158.

²³² LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del Delito. *Op. cit.* pág. 233.

²³³ WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal. *Op. cit.* pág. 158.

²³⁴ *Ibidem*.

El aspecto negativo de la culpabilidad lo es la denominada **INCULPABILIDAD**, y se presenta cuando concurren circunstancias que impiden la capacidad de conocer y querer, faltando por tanto la capacidad de conocimiento o bien de voluntad.

Por tanto “se considera como inculpabilidad la falta de nexo causal emocional entre el sujeto y su acto, es decir la falta del nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto.”²³⁵

La inculpabilidad es entonces, “...la ausencia de los elementos necesarios para considerar que, dadas las circunstancias en que el referido hecho se realizó, sea posible fundar la exigibilidad del mandato de la norma infringida y por ello no existe base para considerar reprochable el hecho enjuiciado.”²³⁶

Enseguida se explican los supuestos por los cuales se presenta la inculpabilidad:

A) LA PRESENCIA DE LA INIMPUTABILIDAD.- Considerada como la “falta de capacidad del sujeto de conocer la ilicitud del hecho o poderse determinar en forma espontánea conforme dicha comprensión.”²³⁷

Es decir, la inimputabilidad, es el aspecto negativo de la imputabilidad, entendida como la incapacidad de querer y entender en el campo del derecho penal.

Interpretando *contrario sensu* el razonamiento que hace la jurista Olga Islas de González Mariscal “de la imputabilidad, entonces se considera a la inimputabilidad como la falta de capacidad del sujeto de comprender la violación del deber jurídico penal y de actuar conforme a esa comprensión debido a la

²³⁵ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. **Teoría del Delito**. *Op. cit.* pág. 238.

²³⁶ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Manual de Derecho Penal Mexicano**. *Op. cit.* pág. 481.

²³⁷ *Ibidem*. pág. 482.

existencia de alguna o algunas perturbaciones en la conciencia debido a diversas causas.”²³⁸

La inimputabilidad como causa de inculpabilidad, se encuentra regulada en el Código Penal Federal en su artículo 15, fracción VII, que a la letra señala:

“El delito se excluye cuando:

VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código;”²³⁹

En cuanto al Código Penal para el Distrito Federal, en su fracción VII del artículo 29 señala:

“El delito se excluye cuando:

VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación.

²³⁸ **Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida.** *Op. cit.* pág. 60.

²³⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas. **Legislación Federal.** *Op. cit.* [en línea]. <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s=>> Fecha de consulta 28 de septiembre del 2011.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código.”²⁴⁰

Preceptos en los que se verifican circunstancias de orden biológico en el agente, que se relaciona con la incapacidad de comprender el carácter ilícito del hecho típico, o, en su caso, algún otro que origine esa incapacidad de comprensión, ya que no sólo se aprecia la inmadurez mental del sujeto como hipótesis de incapacidad de comprensión, el criterio biológico que se introdujo en la legislación penal debe traer consigo como efecto determinante las incapacidades indicadas.

El trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, representa una incapacidad de comprensión del carácter ilícito de la conducta, por tanto, el sujeto no puede valorar la acción o la omisión llevada a cabo, también incide en la capacidad para conducirse de acuerdo a dicha comprensión.

“En cuanto al criterio psicológico como fundamento de la inimputabilidad, al sujeto se le considera inimputable en virtud de que no es capaz de entendimiento y autodeterminación y en términos generales comprende la inmadurez mental, y las alteraciones psíquicas que afecten la esfera intelectual de su personalidad o constriñan su voluntad, o alteraciones profundas del bioquímica en la medida en que disminuya su capacidad de comprensión y actuación.”²⁴¹

Los referidos artículos 15 y 29, el primero de ellos del Código Penal Federal y el segundo del Código Penal para el Distrito Federal, señalan el desarrollo intelectual retardado o la capacidad disminuida considerablemente, como una inmadurez mental se considera que es la que se deriva de afectaciones de carácter biológico, por un padecimiento congénito que afecta la capacidad

²⁴⁰ **Código Penal para el Distrito Federal**. *Op. cit.* pág. 7.

²⁴¹ REYES ECHANDIA, Alfonso. **Obras Completas. Tomo I. Derecho Penal, Tipicidad y Culpabilidad**. Editorial Temis. Bogota, Colombia, 1998. pág. 354.

comprensiva del sujeto, pueden además devenir de una causa de carácter social, como pudiera ser el abandono del sujeto porque no tiene conocimiento o comprensión de la norma.

De los preceptos aludidos, se pueden desprender causas que la ley considera para la existencia de la inimputabilidad y que a continuación se señalan:

1.- No tener la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho típico en virtud de padecer trastorno mental.- Tomándose en cuenta tanto el trastorno mental transitorio como el permanente.

El trastorno mental transitorio es una perturbación de la conciencia que padece el sujeto durante el tiempo en que realiza la actividad o inactividad típicas.²⁴²

El trastorno mental permanente es una causa de inimputabilidad catalogada como general, y al respecto menciona el jurista Alfonso Reyes Echandia: “El trastorno general y persistente de las funciones psíquicas cuyas causas patológicas son ignoradas y mal interpretadas por el enfermo y que le impiden la adaptación lógica y activa de las normas del medio ambiente, sin provecho para sí mismo ni para la sociedad.”²⁴³

Dentro de éste rubro de trastorno mental permanente el autor en cita refiere que también estarán comprendidas “...las distintas formas de psicosis, es decir, aquellas enfermedades que rompen el equilibrio del ser humano con su mundo exterior y su mundo interno, sea disociando la personalidad (esquizofrenia, parafrenia), sea alterando periódica y clínicamente, en forma exagerada la afectividad (psicosis maníaco depresiva) sea derrumbando la inteligencia y el juicio (demencia senil, demencia arteriosclerótica), sea produciendo conjunto de síntomas bien delimitados y conocidos como consecuencia de enfermedades

²⁴² ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. **Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida.** *Op. cit.* pág. 60.

²⁴³ **Culpabilidad.** Editorial Temis. Tercera edición. Bogotá, Colombia, 1991. pág. 91.

físicas generalmente febriles (cuadros de reacción exógena, confusión mental, toxifrenias).”²⁴⁴

Por consiguiente, “el trastorno mental a diferencia del transitorio, es el que perdurara más allá del tiempo una vez que se ha llevado a cabo la acción u omisión típicas.”²⁴⁵

2.- No tener la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho típico en virtud de padecer desarrollo intelectual retardado.- Respecto a ésta hipótesis como causa de inimputabilidad, como anomalía de carácter psíquico “...no tiene otro alcance que el de un concepto de carácter especulativo, que sirve indiscutiblemente como término de comparación para analizar la gama infinita de anormalidades síquicas... el estado de enajenación mental, la intoxicación crónica y la anomalía síquica, tanto más si este último término es entendido como marcada desviación de lo que es típico y normal pero sin implicaciones de condiciones patológicas.”²⁴⁶

3.- No tener la capacidad de conducirse de acuerdo a la comprensión del carácter ilícito del hecho típico en virtud de padecer trastorno mental.- En éste sentido el sujeto conoce el carácter ilícito de su conducta y lo comprende, pero debido a una afectación en su voluntad no puede evitarlo.

Hay controversia por parte de los estudiosos del derecho, respecto al tema de la intoxicación crónica como una forma de incapacidad de conducirse de acuerdo a la comprensión del carácter ilícito del hecho, incluso el jurista Alfonso Reyes Echandia indica: “...éste fenómeno se refiere a individuos que llevan algún tiempo más o menos largo, ingiriendo alcohol u otra sustancia tóxica, en los cuales se ha producido un estado de intoxicación permanente y no transitoria, que les afecta el funcionamiento mental normal, hasta el punto que les impide en pleno

²⁴⁴ REYES ECHANDIA, Alfonso. **Culpabilidad.** *Op. cit.* pág. 91.

²⁴⁵ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. **Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida.** *Op. cit.* pág. 60.

²⁴⁶ REYES ECHANDIA, Alfonso. **Culpabilidad.** *Op. cit.* pág. 91.

uso de sus facultades mentales superiores en un grado tal que no sean capaces de darse cuenta de lo que hacen, o no pueden actuar con libre capacidad de volición o tienen obnubilada la consciencia o no alcanzan a mediar las consecuencias de sus actos, es decir, se ha producido un deterioro marcado de su mente y su personalidad, en muchos casos con tremendas repercusiones, algunas veces irreversible, sobre su organismo, que presuponen alteraciones morfológicas demostrables por medio de la anatomía patológica, y alteraciones funcionales detectables por la medicina interna o por los exámenes paraclínicos de laboratorio.”²⁴⁷

4.- No tener capacidad de conducirse de acuerdo a la comprensión de carácter ilícito del hecho típico en virtud de padecer desarrollo intelectual retardado.- Se considera desarrollo intelectual retardado todas aquéllas causas naturales patológicas que determinan la incapacidad y trae aparejado que el sujeto no tenga comprensión del carácter ilícito de su conducta y de la voluntariedad en sus actos.

Para que se presente la inimputabilidad como causa de inculpabilidad, se exige que no se presenten supuestos que se encuentran señalados en el Código Penal Federal y el Código Penal para el Distrito Federal, los cuales son:

I) Que el agente haya provocado su trastorno mental dolosamente. Hipótesis prevista solamente en el Código Penal Federal, no así en el del Distrito Federal.

II) Que el agente haya provocado su trastorno mental culposamente. Hipótesis prevista en la Legislación Penal Federal, no así en la Local, y esto lo puede realizar tomando en cuenta que el sujeto se provoca ese trastorno mental de forma culposa, pero previendo el resultado típico con la esperanza de que no se produzca o bien no previendo el resultado típico cuando éste es previsible.

²⁴⁷ REYES ECHANDIA, Alfonso. **Culpabilidad**. *Op. cit.* pág. 91.

III) Que la capacidad de comprensión o de conducirse, se encuentra considerablemente disminuida. Hipótesis considerada en ambas legislaciones. En la Federal se establece como sanción las dos terceras partes de la pena o una medida de seguridad o bien ambas; en la Local se establece una cuarta parte de la mínima hasta la mitad de la máxima pena señalada al delito o la medida de seguridad o ambas.

Si se trata de una causa que extinga la capacidad de comprensión de conducirse del sujeto, ya sea por trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, tiene como efecto la exclusión de la culpabilidad, por lo tanto la conducta no se considera delictiva. Si el trastorno mental es provocado dolosamente por el sujeto, entonces deberá responder como se respondería por un delito doloso, es sólo un medio comisivo en la ejecución del delito. Pero si el trastorno mental es provocado de manera culposa por el sujeto, previendo el resultado típico con la esperanza de que no se produzca, o sin haberlo previsto, siendo este previsible, responderá del delito en forma culposa, si el delito cometido acepte éste tipo de modalidad en su comisión.

En consecuencia, en los delitos dolosos si se coloca en estado de inimputabilidad en forma culposa, no tendrá sanción alguna, toda vez que no habrá pena por falta de tipo penal que lo establezca. Hipótesis que no se puede considerar en la legislación penal del Distrito Federal, ya que refiere “que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho”, destacándose la exigencia de carácter doloso de la provocación, entonces al faltar la intención inicial de que se coloca en ese estado para realizar la conducta o cometer el hecho típico, por consiguiente al faltar esa intención, no responderá de la acción o de la omisión, en caso de que se cometa el delito por violar un deber de cuidado, suponer lo contrario implica la aplicación analógica de la ley penal, y no habrá norma aplicable al delito de que se trate.

B) ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN.- “Se considera en sentido genérico al error como una actitud psíquica del sujeto, en el cual existe una idea falsa respecto a un objeto, cosa o bien una situación.”²⁴⁸

El error de tipo “se refiere a la idea que tiene el agente respecto a alguno o alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal, teniendo como efecto el de excluir tanto al dolo como a la culpa.”²⁴⁹

El error de prohibición “se presenta cuando el sujeto ignora la existencia de una norma o bien considera que su conducta no se encuentra dentro de ella, supone que su proceder es lícito, esto a consecuencia de que en la culpabilidad debe existir la posibilidad de conocer la prohibición del hecho, y en caso de que no exista esa posibilidad entonces se excluye la culpabilidad y por consecuencia la pena.”²⁵⁰

Indica el jurista Hans Welzel que “la suposición errónea de que concurre una causal de justificación constituye un caso de error de prohibición, ya sea que el autor se equivoque sobre los presupuestos objetivos o sobre los límites jurídicos de una causal de justificación o crea erróneamente que concurre una causal de justificación que no está reconocida como tal por el derecho, en todos estos casos incurre en error sobre la antijuridicidad de su realización dolosa típica; realiza una conducta porque cree que está autorizado para ello, entonces no obra en desconocimiento del tipo, sino solamente en error de prohibición; como aquél que lesiona a otro porque se imaginaba que estaba siendo agredido por él.”²⁵¹

²⁴⁸ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General.** *Op. cit.* pág. 482.

²⁴⁹ SANDOVAL DELGADO, Emiliano. **Circunstancias Eximentes de la Responsabilidad Criminal en el Derecho Penal Mexicano.** Angel Editor. México, 2000. pág. 262.

²⁵⁰ PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. **Teoría del Delito.** *Op. cit.* pág. 173.

²⁵¹ **Derecho Penal Alemán.** *Op. cit.* pág. 199.

“Tanto en el error de tipo como en el error de prohibición se presenta el error invencible, afectando en el primero de ellos la tipicidad y en el segundo la culpabilidad, por ser distintos los elementos del delito que afectan.”²⁵²

El tratadista Emiliano Sandoval Delgado sostiene que “en el error vencible es aquel que es superable porque se podría evitar en caso de que el agente hubiera actuado con mayor cuidado y diligencia; en cambio el error invencible se presenta cuando el sujeto aún actuando con el mayor cuidado y diligencia, no habría podido evitar caer en el error en que se encontraba. Entonces en el error invencible se elimina tanto la tipicidad dolosa como la culposa; en el vencible, se elimina solo la dolosa, y en caso de que el delito de que se trate prevea la culposa se estará bajo este grado de culpabilidad.”²⁵³

Los efectos de estas clases de error son que ante “la presencia del error invencible se anula tanto la voluntad típica dolosa como la culposa, en cambio en el error vencible, no se configura el dolo, pero sí la culpa.”²⁵⁴

Al respecto, en las fracciones VIII tanto del artículo 15 del Código Penal Federal y 29 de la legislación Local, se encuentra regulado el error de tipo en el primer inciso y el error de prohibición en el segundo de ellos, como causas de inculpabilidad, al establecer.

“Artículo 15. El delito se excluye cuando:

(...)

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

²⁵² SANDOVAL DELGADO, Emiliano. Circunstancias Eximentes de la Responsabilidad Criminal en el Derecho Penal Mexicano. *Op. cit.* pág. 262.

²⁵³ *Ibidem*, pág. 264.

²⁵⁴ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida. *Op. cit.* pág. 62.

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;²⁵⁵

(...)

“Artículo 29 El delito se excluye cuando:

(...)

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de:

a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o

b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de este Código.²⁵⁶

(...)

Se puede observar que ambas legislaciones Federal y Local se conducen en el mismo sentido, y ampliando lo expuesto con antelación, el error es invencible cuando las condiciones personales del sujeto o por la circunstancias en que se realizó el hecho, el sujeto no podía superar el error, lo que provoca que el sujeto actué en forma inculpable por estar frente a lo invencible de ese error.

Lo excluyente del delito es el hecho de que el error se demuestra invencible, ya que en caso de que el error fuera vencible, entonces el sujeto sería sancionado en atención a un delito de naturaleza culposa, en caso de que exista

²⁵⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas. **Legislación Federal**. *Op. cit.* [en línea]. <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s=>> Fecha de consulta 28 de septiembre del 2011.

²⁵⁶ **Código Penal para el Distrito Federal**. *Op. cit.* pág. 7.

esa modalidad en el delito de que se trate, y en caso contrario no habría punibilidad alguna por falta de delito. Ya que si el error vencible recae en la ilicitud de la conducta se sancionara con una pena proporcional de hasta una tercera parte de la sanción prevista al delito de que se trate en ambas legislaciones Federal y Local.

Asimismo, el segundo párrafo de ambos artículos, establecen el supuesto en el que se trate de error vencible, remitiendo a los preceptos correspondientes tanto en la legislación Federal como Local, en donde el delito no se exime, se establece la punibilidad para el supuesto en que el delito se de cómo error vencible tanto en el de tipo como en el de prohibición.

A continuación se indican las jurisprudencias que sobre el tema ha establecido la Suprema Corte de Justicia de Nación:²⁵⁷

ERROR DE PROHIBICIÓN.- En el error de prohibición, el sujeto ignora la existencia de la norma o bien cree no quedar inmenso en ella, calificando subjetivamente como lícito su actuar, no obstante su carácter antijurídico.
Amparo directo 7884/79. Raúl Hurtado Hernández. 13 de octubre de 1980. 5 votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos.

ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO O ERROR DE PERMISIÓN.- El artículo 15, fracción XI, del Código Penal Federal, recoge como circunstancia excluyente de responsabilidad, tanto el error de tipo como el llamado "error de prohibición indirecto" o "error de permisión", hipótesis que requieren en el error el carácter de invencible o insuperable, pues de lo contrario dejarían subsistente la culpabilidad. En ambos errores, el agente carece del conocimiento de que el hecho ejecutado guarda relación con el recogido abstractamente en el tipo penal, bien porque dicho error recaiga sobre uno o más de los elementos exigidos por la ley para integrar el tipo delictivo, o porque el mismo verse sobre el carácter ilícito del propio hecho, pues en el error de prohibición

²⁵⁷ Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época, vols. 139-144, 2ª. Parte, pág. 88. Tesis aislada.
Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época, Primera Sala. Apéndice de 1995. Tomo II. pág. 84. Tesis 148.
Semanario Judicial de la Federación. Séptima época. Instancia Primera Sala. Vols. 139-144, 2ª. Parte, Tesis Aislada. pág. 88.

indirecto o error de permisión, el sujeto cree no quedar comprendido en la infracción punible, al calificar subjetivamente como lícito su propio actuar, no obstante que su proceder es objetivamente contrario a la ley, generando el vencible error, el reproche al autor por su conducta típica y antijurídica. En el caso particular considerado, no opera en favor del quejoso la excluyente de responsabilidad mencionada, por no haber ignorado que los tres envoltorios que le fueron recogidos al momento de su detención, contenían marihuana, y tan es así, que antes de efectuarse ésta le había proporcionado a su coacusado parte del estupefaciente que inicialmente poseía, lo cual demuestra la inexistencia de ambas clases de error.

Amparo directo 2769/84. Enrique Enríquez Rojas. 27 de septiembre de 1984. Cinco votos.

Amparo directo 7571/84. Amado Hernández Terán. 10 de enero de 1985. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 5744/84. Pascal Maurice Pannier. 17 de enero de 1985. Cinco votos.

Amparo directo 227/85. Jesús Díaz Ruiz y otro. 12 de junio de 1985. Cinco votos.

Amparo directo 947/86. Jovito Pantoja Aragón. 6 de octubre de 1986. Cinco votos.

ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN. PARA SER EXIMIENTE REQUIERE SER INVENCIBLE O INSUPERABLE.- Tanto el error de tipo como el error de prohibición, para integrar la eximente de responsabilidad, requieren ser de naturaleza invencible o insuperable, pues siendo sólo esencial, sin reunir dicho requisito, dejarían subsistente la culpa, cuando tal forma de culpabilidad pudiera darse en la específica figura delictiva de que se trata.

Amparo directo 7884/79 Raúl Hurtado Hernández. 13 de octubre de 1980. 5 votos Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos.

C) No exigibilidad de otra conducta.- Se presenta cuando “el agente no tiene libertad de un comportamiento diferente al requerido por la norma penal, actúa contrario a derecho, y no se le puede realizar el juicio de reproche, en virtud de que no podía actuar de manera distinta, porque aun existiendo la comprensión respecto a la antijuridicidad de su acto, no puede exigírsele la adecuación de su

conducta, a lo ordenado por la ley, por lo tanto es eximido de la sanción que le correspondería.”²⁵⁸

Hipótesis de inculpabilidad que se encuentra prevista en los artículos 15 y 29 respectivamente del Código Penal Federal y Código Penal para el Distrito Federal, ambos en su fracción IX, que a la letra señalan:

“Artículo 15. El delito se excluye cuando:

(...)

IX. Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho,”²⁵⁹

(...)

“Artículo 29. El delito se excluye cuando:

(...)

IX. En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho.”²⁶⁰

(...)

Artículos a nivel Federal y Local que se conducen en el mismo sentido y señalan la no exigibilidad de otra conducta, en donde como se ha indicado, el sujeto al no poderle exigir una conducta diversa a la realizada, no existe por tanto juicio de reproche en su contra y se actualiza ésta hipótesis como causa de inculpabilidad.

Un ejemplo de este supuesto de inculpabilidad lo es el caso del sujeto que labora en un vehículo por órdenes superiores, pero dicho vehículo se encuentra en

²⁵⁸ SANDOVAL DELGADO, Emiliano. **Circunstancias Eximentes de la Responsabilidad...** *Op. cit.* pág. 273.

²⁵⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas. **Legislación Federal.** *Op. cit.* [en línea]. <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s=>> Fecha de consulta 28 de septiembre del 2011.

²⁶⁰ **Código Penal para el Distrito Federal.** *Op. cit.* pág. 7.

mal estado mecánico y sin embargo, a pesar de que se tiene conocimiento de esta situación, su patrón le ordena que labore en el mismo o bien en caso contrario será despedido, por lo cual no tiene otra opción que obedecer las órdenes encomendadas, y sucede que a causa de esto provoca un accidente; sin olvidarnos que no podía actuar de forma diferente, no le era exigible una conducta diversa en razón de las circunstancias en las que se ve inmerso, operando por tanto la hipótesis de inculpabilidad, sin poderle fincar algún tipo de responsabilidad penal por los delitos causados, sino por el contrario, será responsable su patrón.

2.5. PUNIBILIDAD

Desde tiempos inmemorables, las sociedades han establecido un sistema que sancione las conductas no aceptadas en su cultura, algunas de ellas con características de ser públicas o bien con el carácter de ser privadas, ya sea para cumplir una venganza privada o bien para lograr una armónica convivencia de la sociedad, de tal suerte que con la evolución de la sociedad, también se ha percibido la evolución de las penas.

Observándose en todo momento, que el Estado ha establecido sanciones para aquéllas conductas que transgreden el orden social, y que vulneran los bienes jurídicos considerados por la sociedad como de mayor jerarquía, naciendo entonces la figura del *ius puniendi*, que como se ha indicado en el capítulo precedente, es el derecho con que el Estado cuenta para castigar los delitos "...es expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia legítima."²⁶¹

En muchas ocasiones existe confusión entre los conceptos de punibilidad, pena y punición, incluso algunos los consideran como sinónimos, pero resulta importante realizar una distinción entre los mismos, ya que en realidad, cada una de ellos encierra diverso significado.

²⁶¹ CRUZ Y CRUZ, Elba. Teoría de la Ley Penal y del Delito. Editorial Iure. México, 2006. pág. 222.

La palabra pena procede del latín *poena*, su significado está plenamente identificado con la idea de castigo y de sufrimiento, “es la determinación de la sanción que el juez impone al culpable en su sentencia.”²⁶²

La doctrina penal le ha dado distintos tratamientos al concepto de pena. Tal es el caso de el jurista Francesco Carrara que habla de la misma como: “...un mal que la autoridad pública le infringe al culpable por causa de su delito.”²⁶³

Menciona el maestro Miguel Polaino Navarrete, “La pena prevista en cada tipo legal, se impone al autor de un delito (acción típica, antijurídica, culpable y punible), realizado por el autor que es susceptible y merecedor de reprochabilidad personal y en la medida de su culpabilidad normativa, destinatario idóneo de una sanción penal que se reputa necesaria conforme a exigencias político-criminales.”²⁶⁴

La jurista Olga Islas de González Mariscal, respecto a los términos pena, punición y punibilidad, refiere que “pena es la real privación o restricción de bienes del autor del delito, que lleva a cabo el órgano Ejecutivo para la prevención especial, determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la repersonalización. Punición es la fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito, realizada por el juez para reafirmar la prevención general y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad.”²⁶⁵

No considera el principio de legalidad en la punición, traducido en la fórmula *nulla poena sine lege*, rectora de los límites establecidos en la ley.

²⁶² ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. **Curso de Derecho Penal. Parte General.** Segunda edición. Editorial Porrúa. México, 2001. pág. 444.

²⁶³ **Programa del Curso de Derecho Criminal.** Tomo II. trad. de Sebastián Soler de la onceava edición italiana, Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1944. págs. 33 y ss.

²⁶⁴ **Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal.** Editorial Porrúa. México, 2001. pág. 82.

²⁶⁵ **Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida.** *Op. cit.* págs. 69-70.

Por último, la misma autora Olga Islas González de Mariscal, define a la punibilidad como "...la conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase del bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste."²⁶⁶

Por tanto la aplicación de la punibilidad de acuerdo a los tipos dolosos, otro a los culposos y finalmente a los que se encuentren en casos de tentativa.

El jurista Octavio Alberto Orellana Wiarco, propone que "la punibilidad es la sanción o sanciones que el legislador prevé para cada tipo penal."²⁶⁷

De lo referido, se puede apreciar que hay una distinción entre punición y pena, ya que resulta diferente la consecuencia jurídica impuesta por el juzgador y la ejecución de ésta realizada por el poder Ejecutivo, siendo la punición la determinación de la sanción establecida por el juzgador, en cambio la pena es la privación derechos establecidos en la ley, el castigo para el que delinque, "...cumple con una función de protección de esos ejes del sistema, que no son otros que los bienes jurídicos."²⁶⁸

Mientras que la punibilidad, es pues, el sancionar una acción antijurídica, tipificada como delito, que sea imputable a un sujeto determinado, y que el sujeto pueda ser imputable. Es la imposición del castigo establecido en la Ley penal para la conducta delictiva, es la consecuencia de cometer el delito. El imponer la pena, el sancionar al responsable, son consecuencias de la punibilidad.

Desde hace tiempo, se ha buscado determinar cuál es el lugar que ocupa la punibilidad dentro de la teoría del delito, siendo que algunos autores la consideran como un elemento del delito, y otros como consecuencia del mismo.

²⁶⁶ **Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida.** *Op. cit.* págs. 53-54.

²⁶⁷ **Curso de Derecho Penal. Parte General.** *Op. cit.* pág. 440.

²⁶⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Control Social y Sistema Penal.** Editorial Promociones Publicaciones Universitarias. Barcelona, 1987. pág. 32.

Se tiene que "...el delito es el precepto, la hipótesis legislativa de una conducta tipificada, la sanción es consecuencia. El argumento de que la norma perfecta se integra de precepto y sanción es correcta, pero supone que la sanción es elemento del delito obligaría a considerar que en el precepto queda incluida la sanción."²⁶⁹

A efecto de determinar el motivo por el cual comienza la discusión del lugar que ocupa la punibilidad en la teoría del delito, se tiene que "en los tiempos de Liszt –cuando no se manejaba el concepto de tipo penal- era lógico incluirla, porque la mera afirmación de que el delito era una conducta antijurídica y culpable no se lo caracterizaba suficientemente. Cuando Beling introdujo el concepto de tipo, también siguió definiendo el delito como "punible" (delito es, dentro de los que da esta respuesta, una conducta típica, antijurídica, culpable y punible). Posteriormente se destaca la tautología de la expresión "punible" (Max Ernest Mayer), es decir, que la punibilidad surge como un resultado del delito y no como uno de sus elementos o componentes conceptuales."²⁷⁰

Asimismo, refiere el tratadista Gerardo Armando Urosa Ramírez que "en la actualidad se encuentra superado el criterio de incluir a la punibilidad como elemento esencial del delito ya que ahora se considera a la punibilidad como consecuencia del delito y no una característica fundamental del mismo."²⁷¹

Entonces se considera que el delito no puede ser punible, por el hecho de que la punibilidad no es propiamente un elemento del delito, sino el resultado de su existencia, ya que una vez que el agente despliega su conducta que encuadra en una norma penal en específico, por consecuencia a esa conducta realizada, se le aplicará la sanción establecida en el tipo penal, a menos que esté amparado por una excusa absolutoria; de lo que se ejemplifica que efectivamente la punibilidad

²⁶⁹ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. **Curso de Derecho Penal. Parte General**. *Op. cit.* pág. 441.

²⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal. Parte General**. Sexta edición. Editorial Ediar. Buenos Aires, 1988. pág. 633.

²⁷¹ **Teoría de la Ley Penal y del Delito: Legislación, Doctrina, Jurisprudencia y Casos Penales**. *Op. cit.* pág. 267.

es consecuencia del delito, ya que hay situaciones en la que el sujeto comete la conducta delictiva, pero no se le aplica sanción alguna por permitirlo la ley a través de alguna hipótesis de excusa absolutoria, no por el hecho de que la conducta no sea punible, no es considerada delito, es decir, el delito existe, pero no será sancionada esa conducta por así haberlo considerado el legislador.

El legislador ha establecido en la norma penal aquéllas conductas que son consideradas como ilícitas, también ha señalado la sanción a que se hará merecedor el sujeto que realice la conducta delictiva, estableciendo en la misma norma penal un margen de punibilidad, entonces se tiene que la pena lleva aparejada una conducta considerada como delito dentro del ordenamiento jurídico, establecida la pena con un mínimo y un máximo, por lo que el juzgador tiene la facultad de determinar la sanción que le corresponderá al autor del delito, mediante la individualización de la pena, con su arbitrio judicial del que ha sido dotado.

El jurista Octavio Alberto Orellana Wiarco, al recordar las ideas expuestas por la autora Alicia Azzolini, refiere que "...la determinación de la pena es el acto más delicado del proceso penal es el que exige un cuidado especial del juzgador, quien debe justificar la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad que logre los fines de justicia y prevención especial que se propone el orden jurídico."²⁷²

Lo anterior encuentra su sustento y fundamento en lo establecido por los artículos 14 segundo párrafo, 16 párrafo primero y 21 primer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los cuales señalan:

“Art. 14.-

(...)

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las

²⁷² **Curso de Derecho Penal. Parte General.** *Op. cit.* pág. 446.

formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.”²⁷³

(...)

“Art. 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.”²⁷⁴

(...)

“Art. 21.- La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial...”

(...)

Este artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fue reformado mediante Decreto de Reforma publicado en el Diario Oficial de la Federación del 18 de junio del 2008, en donde en su artículo quinto transitorio, establece que las reformas al artículo 21 párrafo tercero entrarán en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin que pueda exceder el plazo de tres años, contados a partir del día siguiente de la publicación de dicho decreto. Y misma reforma que en lo que interesa en el presente tema en estudio quedó como sigue:

“La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.”²⁷⁵

El arbitrio judicial es por tanto, el margen con que el juez cuenta para establecer la sanción de acuerdo a la conducta delictiva cometida y de acuerdo por supuesto, a lo que la propia ley establece, ya que el legislador ha especificado mínimos y máximos en cada tipo penal en específico, de acuerdo a la conducta

²⁷³ **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.** *Op. cit.* págs. 12 y 13.

²⁷⁴ *Ibidem.* pág. 13.

²⁷⁵ *Ibidem.* pág. 25.

ilícita cometida, y en particular en nuestra legislación penal mexicana la sanción más frecuente que se encuentra establecida en los tipos penales consiste en la pena de prisión.

La pena de prisión se puede definir como “el internamiento del delincuente en un centro de reclusión, impidiéndole en forma absoluta su libertad.”²⁷⁶

Al respecto los artículos 51, 52 y 70 del Código Penal Federal, señalan:²⁷⁷

“Artículo 51. Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente; particularmente cuando se trate de indígenas se considerarán los usos y costumbres de los pueblos y comunidades a los que pertenezcan.

En los casos de los artículos 60, fracción VI, 61, 63, 64, 64 bis y 65 y en cualesquiera otros en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días.”

“Artículo 52. El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

I. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;

²⁷⁶ CRUZ Y CRUZ, Elba. **Teoría de la Ley Penal y del Delito**. *Op. cit.* pág. 232.

²⁷⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas. **Legislación Federal**. *Op. cit.* [en línea]. <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s=>> Fecha de consulta 28 de septiembre del 2011.

- II. La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;
- III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;
- IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;
- V. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;
- VI. El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y
- VII. Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.”

“Artículo 70. La prisión podrá ser sustituida, a juicio del juzgador, apreciando lo dispuesto en los artículos 51 y 52 en los términos siguientes:

- I. Por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, cuando la pena impuesta no exceda de cuatro años;
- II. Por tratamiento en libertad, si la prisión no excede de tres años, o
- III. Por multa, si la prisión no excede de dos años.

La sustitución no podrá aplicarse a quien anteriormente hubiere sido condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio. Tampoco se aplicará a quien sea condenado por algún delito de los señalados en la fracción I del artículo 85 de este Código.”

En cuanto al Código Penal para el Distrito Federal, el artículo 70 señala:

“Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales impondrán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente, en los términos del artículo 72 de este Código.”²⁷⁸

Artículo que nos remite a lo establecido por el artículo 72 del mismo ordenamiento penal, que señala:

“El Juez, al dictar sentencia condenatoria, determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito y las individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, tomando en cuenta:

- I. La naturaleza de la acción u omisión y los medios empleados para ejecutarla;
- II. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro en que éste fue colocado;
- III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado;
- IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito; los vínculos de parentesco, amistad o relación entre el activo y el pasivo, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;
- V. La edad, el nivel de educación, las costumbres, condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

²⁷⁸ **Código Penal para el Distrito Federal.** *Op. cit.* pág. 18.

VI. Las condiciones fisiológicas y psíquicas específicas en que se encontraba el activo en el momento de la comisión del delito;

VII. Las circunstancias del activo y pasivo antes y durante la comisión del delito, que sean relevantes para individualizar la sanción, así como el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VIII. Las demás circunstancias especiales del agente, que sean relevantes para determinar la posibilidad que tuvo de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.²⁷⁹

De lo que se puede concluir que para la individualización de la pena el juez considerara las circunstancias atenuantes y agravantes al caso en concreto para establecer la sanción a la que es merecedor el delincuente. Asimismo considerará el grado de culpabilidad que el agente tuvo al momento de cometer el ilícito, como la comisión culposa, dolosa o en grado de tentativa.

Entre las penas y medidas de seguridad el legislador ha establecido un catálogo de las mismas, en las que el juez se basará para imponerle la sanción al sujeto activo en la comisión de un delito, tomando en cuenta lo indicado con antelación.

El aspecto negativo de la punibilidad lo constituyen las llamadas “excusas absolutorias” o también llamadas de “no punibilidad” y son aquéllas situaciones que establece el legislador, en donde el sujeto efectivamente, se encuentra en el supuesto jurídico que considera su conducta como delictiva, al ser típica, antijurídica y culpable, pero asimismo dicho sujeto cuenta con determinadas características personales establecidas en la ley, que permite la no aplicación de sanción alguna, considerándose que fueron creadas por cuestiones de política criminal y orden público. Ya que el legislador ha establecido en cada tipo penal la sanción a que el agente se hará acreedor por realizar el hecho considerado como

²⁷⁹ **Código Penal para el Distrito Federal.** *Op. cit.* págs. 19 y 20.

delictivo, pero hay casos en los cuales a pesar de que el sujeto ha cometido una conducta ilícita, no se le aplicará sanción alguna, hipótesis que se encuentran señaladas en cada tipo penal, según sea el caso.

De tal suerte que las excusas absolutorias pueden ser definidas como “aquella específicas causas de carácter personal que el legislador regula expresamente donde un hecho o conducta típico antijurídico y culpable no resulta punible.”²⁸⁰

La autora Elba Cruz y Cruz, refiere que las excusas absolutorias son “aquellas circunstancias específicamente establecidas en la ley por las cuales no se sanciona al sujeto activo; en ellas, subsiste la antijuridicidad y culpabilidad pero no se impone ninguna pena al autor.”²⁸¹

Un ejemplo de excusa absolutoria o también llamada por nuestra ley penal como causa de exclusión de responsabilidad penal, se puede apreciar en el delito de aborto cuando este es practicado en el embarazo resultado de una violación; o bien, cuando es resultado de una inseminación artificial; se establece en el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 148 que en esos casos, el aborto es una excluyente de responsabilidad penal, entonces al autor de este delito no se le aplicará sanción alguna, ya que se considera que la persona que ha sufrido una violación, no se encontraba en posibilidades de decidir sobre la gestación producto de esa conducta criminosa en que se vio envuelta, por lo tanto la ley le ha autorizado a la práctica del aborto. Lo mismo ocurre con el embarazo producto de una inseminación artificial no consentida, ya que la sujeto pasivo ya sea de una mayor de edad, o aún con el consentimiento de una menor de edad, o de una incapaz de comprender el significado del hecho o de resistirlo, no decidió sobre dicha gestación que se realizó en su persona, por haberse llevado a cabo sin consentimiento, entonces si se lleva a cabo el aborto de ese producto, la ley

²⁸⁰ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. **Curso de Derecho Penal. Parte General.** *Op. cit.* pág. 450.

²⁸¹ **Teoría de la Ley Penal y del Delito.** *Op. cit.* pág. 238.

mediante una excusa absolutoria lo autoriza y evita la aplicación de alguna sanción.

2.6. TENTATIVA

Gramaticalmente tentativa es considerada como el "...principio de ejecución de un delito que no llega a realizarse."²⁸²

Señala el jurista Jiménez de Asúa, tentativa es "...el comienzo de ejecución de un delito determinado, que no se realiza conforme al "plan del autor" por interrupción accidental de los actos ejecutivos o frustración del resultado."²⁸³

De igual manera se conduce el tratadista Octavio Alberto Orellana Wiarco al referir que en la tentativa "...el sujeto activo se propone cometer un delito, ejecuta actos encaminados a ello, pero el delito no se consuma por causas ajenas a su voluntad."²⁸⁴

Entonces la tentativa es la ejecución de actos realizados por un sujeto, que tiene la plena la intención de que con los mismos se lleve a cabo un delito, el cual no es consumado, por causas ajenas a su voluntad.

Es decir, en la tentativa el individuo comienza a ejecutar una acción con el propósito de consumir el delito, pero no lo logra por circunstancias ajenas a su voluntad. A pesar de que el sujeto no consumo el delito que quería y esperaba, merece una pena pues al comenzar la ejecución, puso de manifiesto su voluntad criminal.

Con la consumación del delito termina toda posibilidad de que exista la tentativa, ya que la conducta desplegada encuadra perfectamente en el tipo, en

²⁸² ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General. *Op. cit.* pág. 401

²⁸³ Teoría del delito. *Op. cit.* 562.

²⁸⁴ Curso de Derecho Penal. Parte General. *Op. cit.* pág. 401

cambio la tentativa lo que hace es ampliar el tipo para poder llegar a la punición de conductas que no llegan a consumarse.

En la tentativa, se presenta el comienzo de la ejecución de la conducta criminosa, pero el resultado no es producido por causas ajenas a la voluntad del agente como se ha indicado, esto a pesar de que el autor tenía la finalidad de delinquir; por esa razón algunos autores le denominan delito imperfecto.

En atención a lo anterior, el jurista Luis Jiménez de Asúa, recuerda lo expuesto por el penalista Impallomeni, al mencionar "...propiamente hablando no hay delito imperfecto, puesto que toda vez que un hecho se califica de delito concurren en él dos factores esenciales, a toda infracción punible (reato): el de una acción imputable y el de la violación de la ley penal; y la tentativa del delito, precisamente porque es delito, resulta de esos dos factores parigual a toda otra infracción penal. Imperfecta es la tentativa de delito, en el sentido de que no se ha verificado la lesión del derecho subjetivo constitutiva del delito que se quería cometer, y solamente hay una agresión al derecho ajeno no seguida de efecto: con lo que la ley penal ha sido, no obstante, violada, por haberse obrado contra la norma."²⁸⁵

Asimismo el penalista Impallomeni citado por el maestro Pavón Vasconcelos, considera que "...tentativa punible es la ejecución frustrada de una determinación criminosa."²⁸⁶

La tentativa cuenta con elementos que han sido considerados por estudiosos del derecho y que a continuación se señalan:

“A) Existencia de un elemento de carácter subjetivo, es decir la intención dirigida a cometer un delito;

²⁸⁵ **Teoría del delito.** *Op cit.* pág. 558.

²⁸⁶ **Manual de Derecho Penal Mexicano.** *Op. cit.* pág. 533.

B) Existencia de un elemento objetivo, referente a los actos que lleva a cabo el agente para cometer el delito; y

C) Inexistencia del resultado buscado, desprendiéndose de causas ajenas a lo buscado por el sujeto.”²⁸⁷

La doctrina ha considerado además, dos clases de tentativa llamadas tentativa acabada o delito frustrado, e inacabada.

“En la tentativa acabada el autor ha realizado todos los actos que se requieren para que el delito sea consumado, pero el resultado no reproduce por causas ajenas a su voluntad; mientras que en la inacabada, el sujeto no realiza todos los actos necesarios para la consumación del delito, pero de igual manera el resultado no es producido por causas ajenas a su voluntad.”²⁸⁸

La diferencia que existe entre estas clases de tentativa es la siguiente: “en la tentativa acabada o delito frustrado el sujeto realiza todos los actos necesarios para ejecutar el delito, pero no consigue el efecto, ha realizado todo lo que concebía necesario para conseguir el fin, no le queda nada más que hacer, y no logra el resultado típico, por una causa fortuita que no previo por causas ajenas a su voluntad. El delito ha sido subjetivamente consumado, es decir, lo es con relación al hombre que lo comete, pero no lo es objetivamente, ello es, con relación al objeto contra el cual se dirigía y a la persona que hubiera perjudicado. En cambio, en la tentativa inacabada el sujeto no consigue el resultado típico ya que se interrumpe la realización de los actos ejecutivos correspondientes para conseguir el efecto esperado, pero esta interrupción proviene de circunstancias ajenas a su voluntad, porque si éste determina la interrupción por su propia voluntad en la realización de la conducta típica estaríamos frente al desistimiento voluntario.”²⁸⁹

²⁸⁷ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Op. cit. pág. 533.

²⁸⁸ *Ibidem*. pág. 529.

²⁸⁹ CRUZ Y CRUZ, Elba. Teoría de la Ley Penal y del Delito. Op. cit. pág. 227.

Para dilucidar el tema daremos un ejemplo: habrá tentativa inacabada de robo cuando se sorprenda al ladrón abriendo el cajón donde se encuentran las cosas que desea sustraer, o bien, cuando se intenta matar a alguien con un arma de fuego, pero en ese momento es detenido; y tentativa acabada cuando el sujeto dispara contra su víctima con la intención de matarla, pero no consigue el resultado buscado, ya que el arma que utilizó no funciona correctamente.

Observándose en el primer ejemplo, que el sujeto interrumpió los actos ejecutivos a la consumación del delito, por causas ajenas a su voluntad; en cambio en el segundo, el sujeto no consigue el resultado por causas ajenas a su voluntad, a pesar de haber realizado todos los actos ejecutivos para la consumación del delito.

Asimismo, es importante indicar la existencia del llamado delito imposible, el cual se refiere a la presencia de "...aquella conducta que no se realizará nunca el resultado típico, en virtud de la idoneidad de los medios empleados por el agente, o bien por faltar el objeto contra el cual va dirigida...",²⁹⁰

Por tanto, los actos realizados no tienen en el caso concreto capacidad para poner en peligro el bien jurídico protegido por la ley penal.

Se habla de "inexistencia del objeto, cuando falta el objeto jurídico tutelado por la norma penal o bien el objeto material, o sea el elemento constitutivo que representa la entidad física principal (cosa, persona o condición de hecho) respecto de la cual se desarrolla la actividad criminal del agente."²⁹¹

Es decir, que será imposible cuando los medios utilizados no son los adecuados para cometer un delito; o bien, cuando no existe el objeto del delito, ya sea objeto jurídico o bien objeto material. Un ejemplo clásico de éste tipo de delitos, cuando falta idoneidad en los medios, es el hecho de querer matar a

²⁹⁰ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Manual de Derecho Penal Mexicano**. *Op. cit.* pág. 541.

²⁹¹ *Ibidem*. pág. 542.

alguien pensando que se utiliza veneno y no lo es. Cuando falta el objeto jurídico, es el hecho de dispararle a alguien para privarle de su vida, cuando ya ha fallecido. Cuando falta el objeto material, es el realizar un aborto en aquella mujer que no se encuentra en estado de gestación.

El jurista Pavón Vasconcelos, cita lo expuesto por el penalista Manzini, quien indicaba que un medio inidóneo, es considerado "...cuando aún estando unívocamente dirigido a un determinado delito, resulta en concreto que no sólo es imposible con él la obtención de la finalidad delictuosa sino que el mismo constituye un obstáculo natural y necesario a la actuación eficaz de la voluntad debido a la aberrante actividad del agente."²⁹²

Indicando la penalista Olga Islas de González Mariscal que "el consentimiento por parte del titular del bien jurídico ya sea por sí mismo o por su representante legítimo da lugar a un delito imposible, por atipicidad surgida por la "falta del bien jurídico o del objeto material o de la conducta o de la lesión y peligro del bien..."²⁹³

La ley habla de un delito imposible y no de un hecho que no es delito, en consecuencia la inidoneidad sobre el objeto o sujeto pasivo o la falta de estos no puede configurar un delito imposible. Esto es porque la acción realizada por la persona no está tipificada, o sea hay ausencia de tipo. Por lo tanto quien intenta matar a una persona sin vida no está realizando ningún delito, porque falta la otra persona para cometer el homicidio. Para que exista un delito imposible la imposibilidad debe ser fáctica, pero no jurídica, es decir que el delito sea posible legalmente, que haya una norma que tipifique la acción que está realizando la persona, pero que en la realidad, no suceda.

De lo expuesto con antelación, varios autores han considerado al delito imposible como una tentativa inidónea cuando los medios son inidóneos, por lo

²⁹² **Manual de Derecho Penal Mexicano.** *Op. cit.* pág. 541.

²⁹³ **Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida.** *Op. cit.* pág. 59.

que consideramos que tanto en la tentativa idónea como en la inidónea todos los medios son inidóneos para producir el resultado, sino de lo contrario el hecho se hubiere consumado.

La tentativa no se presenta en todo tipo de delitos, a continuación se procede a desglosar los casos en los cuales no es posible que la tentativa se represente:

a) En los delitos culposos. En virtud de que los delitos culposos, no hay intención o voluntad, por parte del sujeto para que se lleve a cabo el evento delictivo, como lo requiere la tentativa.

b) En los delitos de simple actividad o también llamados formales. Donde no exige el tipo un resultado material, por tanto se niega la posibilidad de que se dé la tentativa, ya que el inició de la ejecución agota el delito, "...a no ser que la conducta sea fraccionable y en el *iter criminis* se puedan distinguir actos de ejecución, de la consumación misma."²⁹⁴

c) En los delitos de omisión simple. "Por el hecho de que al realizarse la omisión de la conducta que se esperaba, se configura el delito."²⁹⁵

Por consiguiente, hay delitos específicos en los que se da la tentativa, y son: "en los delitos dolosos integrados por un proceso ejecutivo, en los delitos materiales, en los delitos complejos y en los delitos de comisión por omisión."²⁹⁶

La tentativa es punible desde que hubo comienzo de ejecución, sin que sea necesario acreditar que el resultado no se produjo, es decir, con el simple hecho de haberse cometido una conducta delictiva en grado de tentativa, ésta será sancionada, pero por obvias razones no será la misma sanción que se aplicará en

²⁹⁴ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. **Curso de Derecho Penal. Parte General.** *Op. cit.* pág. 407.

²⁹⁵ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Manual de Derecho Penal Mexicano.** *Op. cit.* págs. 543-544.

²⁹⁶ *Ibidem.* pág. 544.

caso del delito consumado, será en forma atenuada, y el juez valorará la mayor o menor aproximación que se tuvo a cometer el evento delictivo; además de que en caso de que el sujeto se desista espontáneamente de la consumación del delito no se aplicará ninguna pena.

Será punible la tentativa en virtud de que nadie está obligado a soportar conductas que tiendan a lesionar sus bienes, por mucho que sean idóneos o inidóneos los medios aplicados para ello.

El Código Penal Federal en su artículo 12 establece:

“Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.”²⁹⁷

Se tiene que el artículo 12 referido, realiza una definición de tentativa ya estudiada por la doctrina y mencionada anteriormente.

En lo que respecta a la sanción por los delitos cometidos en grado de tentativa, como se ha referido, el juez cuenta con arbitrio judicial para establecer

²⁹⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas. **Legislación Federal**. *Op. cit.* [en línea]. <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s=>> Fecha de consulta 28 de septiembre del 2011.

la sanción en los delitos cometidos en grado de tentativa y al respecto en el ámbito federal, el código penal en su artículo 63 señala:

“Al responsable de tentativa punible se le aplicará, a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que se quiso realizar, salvo disposición en contrario.

En los casos de tentativa en que no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar, cuando éste fuera determinante para la correcta adecuación típica, se aplicará hasta la mitad de la sanción señalada en el párrafo anterior.

En los casos de tentativa punible de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado.”²⁹⁸

Asimismo y en concordancia con el artículo 63 respecto a la sanción de la tentativa, el mismo ordenamiento penal señala en su artículo 51 lo siguiente:

“...En los casos de los artículos 60, fracción VI, 61, 63, 64, 64 bis y 65 y en cualesquiera otros en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días.”²⁹⁹

²⁹⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Legislación Federal. *Op. cit.* [en línea]. <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s=>> Fecha de consulta 28 de septiembre del 2011.

²⁹⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Legislación Federal. *Op. cit.* [en línea]. <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s=>> Fecha de consulta 28 de septiembre del 2011.

Por su parte, el artículo 20 del Código Penal para el Distrito Federal, se conduce en los mismos términos que en la legislación Penal Federal, respecto al concepto de tentativa, sólo que también señala como requisito para la punición de la tentativa, que se ponga en peligro el bien jurídico tutelado, al referir:

“Artículo 20. Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando, en parte o totalmente, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado.”³⁰⁰

No omite la legislación penal Local hacer la indicación al igual que el Código Penal Federal respecto del desistimiento y arrepentimiento como figuras jurídicas realizadas por el agente, al señalar:

“Artículo 21.- Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, a no ser que los actos ejecutados constituyan por sí mismos algún delito diferente, en cuyo caso se le impondrá la pena o medida señalada para éste.”³⁰¹

La punibilidad de la tentativa en el Distrito Federal se encuentra regulada en el artículo 78 de su respectivo Código Penal al señalar:

“Artículo 78. La punibilidad aplicable a la tentativa, será de entre una tercera parte de la mínima y dos terceras partes de la máxima, previstas para el correspondiente delito doloso consumado que el agente quiso realizar.

³⁰⁰ **Código Penal para el Distrito Federal.** *Op. cit.* pág. 21.

³⁰¹ *Idem.*

En la aplicación de las penas o medidas de seguridad a que se refiere este artículo, el juzgador tendrá en cuenta, además de lo previsto en el artículo 72 de este Código, el mayor o menor grado de aproximación a la consumación del delito y la magnitud del peligro en que se puso al bien jurídico protegido.”³⁰²

Como se observa, la ley penal tanto en materia Federal como Local, ha considerado los dos tipos de tentativa ya explicados, siendo la tentativa acabada e inacabada, y deja al arbitrio del juez para fijar la sanción al responsable del delito en grado de tentativa, y esto lo verifica a través de la circunstancias del delito, como a las personales del autor, y tomando en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Ambas legislaciones penales, la Federal en su artículo 12 último párrafo y la Local en su artículo 21, señalan la figura del desistimiento y del arrepentimiento, y que al presentarse, el agente no tendrá sanción alguna, sin perjuicio de que sea sancionado por actos omitidos o ejecutados que produzcan diversos delitos.

Entendiéndose por desistimiento “...la interrupción de la actividad ejecutiva realizada por el autor, como expresión de su voluntad de abandonar el designio criminal que se había propuesto.”³⁰³

En consecuencia el arrepentimiento se produce cuando “...el agente ha agotado todo el proceso ejecutivo del delito y el resultado no se produce por causas propias.”³⁰⁴

Es decir, el desistimiento se presenta de forma voluntaria, una vez que el autor realiza actos que verifican el no querer realizar la conducta delictiva, hay una voluntad por parte del agente, ya sea porque no quiere llevar a cabo el delito a

³⁰² **Código Penal para el Distrito Federal**. *Op. cit.* pág. 21.

³⁰³ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Manual de Derecho Penal Mexicano**. *Op. cit.* pág. 548.

³⁰⁴ *Ibidem*. pág. 549.

pesar de que puede llevarlo a cabo (desistimiento voluntario), o bien, porque no puede realizarlo a pesar de que quisiera (desistimiento involuntario).

En cambio, el arrepentimiento puede verificarse sólo en la tentativa acabada, en tanto que el sujeto ha realizado todo el proceso que lleva a consumir el resultado, pero no se produce por causas propias del sujeto, realiza una actividad que impide finalmente la consumación del delito.

2.7. CONCURSO DE DELITOS

Resulta de suma importancia dentro de la dogmática del derecho penal mexicano, estudiar el tema de concurso de delitos, por lo que se procederá a dar un concepto del mismo, exponiendo lo que estudiosos del derecho han opinado, y asimismo referir lo que nuestra legislación penal tanto Federal como Local ha establecido.

El concurso de delitos “consiste en la concurrencia de varios delitos cometidos por un mismo sujeto activo.”³⁰⁵

Es decir, el concurso de delitos, hace referencia a la realización de una acción con la cual se producen diversos delitos; consiste en la ejecución sucesiva por el mismo individuo de diversos hechos delictuosos, ya sea de diversa o de la misma índole.

Cuando un sujeto dispara su arma de fuego con el objeto de matar a una persona, y con dicha conducta resulta lesionado otro sujeto que iba pasando por el lugar, en consecuencia se privo de la vida al primer sujeto además de lesionar al segundo, es decir, se está en presencia del delito de homicidio y de lesiones como ejemplo del concurso de delitos.

³⁰⁵ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General. *Op. cit.* pág. 427.

Existen una serie de requisitos que se han considerado, a efecto de que exista el concurso de delitos, y son: “que se trate de un solo sujeto activo, que dicho sujeto ejecute una conducta o varias conductas, con lo cual produzca varios resultados delictivos, y que los resultados delictivos produzcan varias lesiones jurídicas.”³⁰⁶

El concurso de delitos tiene dos variantes: el concurso ideal o formal y el concurso real o material, los cuales a continuación se explican:

a) Concurso ideal o formal. En éste tipo de concurso, se presenta la realización de una sola conducta, la cual puede llevarse a cabo por uno o varios actos, lo que trae como consecuencia, la violación de varias disposiciones legales.

Un ejemplo clásico del concurso ideal, es aquél en que el sujeto arroja una granada y con dicha conducta priva de la vida a varias personas y lesiona a otras más, es decir hay pluralidad de resultados siendo el homicidio de varias personas y las lesiones de otras.

Señala la jurista Elba Cruz y Cruz que en el concurso ideal “...una sola conducta infringe dos o más disposiciones penales.”³⁰⁷

La misma autora cita las ideas expuestas por el jurisconsulto Cuello Calón, el cual precisa que “...hay concurso ideal cuando con una sola acción se producen varias infracciones a la ley penal. También hay concurso ideal cuando se comete un delito como medio para la ejecución de otro. En este caso se ha dicho, existen dos delitos, pero se unifican en la conciencia del agente por razón del vínculo que enlaza al uno con el otro”³⁰⁸ (...) “existe un hecho singular que embona en diversos supuestos típicos compatibles.”³⁰⁹

³⁰⁶ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. **Curso de Derecho Penal. Parte General.** *Op. cit.* pág. 427.

³⁰⁷ **Teoría de la Ley Penal y del Delito.** *Op. cit.* pág. 245.

³⁰⁸ *Idem.*

³⁰⁹ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *Op. cit.* pág. 313.

Es decir, el concurso ideal de delitos se da cuando en una sola acción u omisión se configuran uno o más delitos; una misma acción u omisión infringe varios tipos legales o infringe el mismo tipo varias veces.

b) Concurso real o material. Habrá concurso real "...cuando con varias acciones se cometen varios delitos."³¹⁰

En éste tipo de concurso de delitos, hay pluralidad de conductas o acciones y trae como consecuencia varios resultados delictivos. Cada conducta o acción va a constituir un delito particular e independiente; apreciándose que el mismo individuo es autor de distintos delitos, los cuales son diversos entre sí.

Un ejemplo de concurso de delitos real, lo expone el penalista Orellana Wiarco al referir que "un sujeto que dispara sucesivamente en tres ocasiones sobre tres sujetos, con la intención de privarles de la vida, pero a uno de ellos lo priva de la vida, a otro lo lesiona y finalmente al tercero no consigue impactarle, entonces produce con esas tres conductas tres resultados, siendo homicidio, lesiones y homicidio en grado de tentativa, es decir, son varias conductas, varios resultados y pluralidad de bienes jurídicos afectados, atribuible a un solo sujeto."³¹¹

En los dos tipos de concursos de delitos tanto ideal como real, conlleva la producción de varios delitos, lo que los diferencia es el número de conductas realizadas para llegar a ese resultado.

Considera la jurista Elba Cruz y Cruz que el único y verdadero concurso de delitos es el ideal, es aquel "en el cual se da de manera muy clara y precisa la participación o la presencia de varios ilícitos por una sola conducta."³¹²

³¹⁰ CRUZ Y CRUZ, Elba. Teoría de la Ley Penal y del Delito. Op. cit. pág. 245.

³¹¹ Curso de Derecho Penal. Parte General. Op. cit. pág. 429.

³¹² Teoría de la Ley Penal y del Delito. Op. cit. pág. 246.

Asimismo, también se habla que “el concurso de delitos tanto en su forma ideal como formal, puede ser a su vez homogéneo o heterogéneo, refiriéndose al primero de ellos a que se lesionan bienes jurídicos protegidos por el mismo tipo delictivo, y el segundo a que se lesiones distintos tipos delictivos.”³¹³

Mientras que el concurso ideal homogéneo, se presenta cuando el mismo tipo legal resulta aplicable varias veces a la misma acción, por ejemplo: el caso de que el sujeto arroje una granada, pero con dicha conducta priva de la vida a varias personas, se violenta el mismo precepto legal de homicidio.

Existe un concurso ideal heterogéneo cuando con una conducta se realizan varios delitos, es decir, cuando a la misma conducta se aplica distintas normas penales, ejemplo: la violación sexual de mujer virgen provocándole lesiones, el ejemplo señalado en el que sujeto arroja una granada y con dicha conducta provoca el homicidio de varias personas y lesiona a otra más, hay dos delitos en ésta conducta, y por lo tanto dos tipos penales que aplicarle para fijarle una sanción, siendo el delito de homicidio y lesiones.

En cuanto al concurso real homogéneo, el sujeto activo con varias acciones realiza la pluralidad de bienes jurídicos afectados, respecto al mismo precepto legal, por ejemplo, el sujeto que dispara en dos ocasiones y con un disparo priva de la vida a una persona y con el otro disparo también priva de la vida pero a otra persona, se viola el mismo precepto legal de homicidio, hay pluralidad de conductas que traen como resultado que se violente el mismo tipo legal.

En el concurso real heterogéneo, de igual forma el sujeto activo realiza varias acciones, con que hay pluralidad de bienes jurídicos afectados respecto a diversos preceptos penales, como es el caso en que el sujeto activo dispara en dos ocasiones y con un disparo mata a una persona y con el otro lesiona a una más, encuadrando su conducta en el delito de homicidio y en el delito de lesiones.

³¹³ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. **Curso de Derecho Penal**. *Op. cit.* pág. 430.

Respecto al concurso de delitos, el Código Penal Federal en su artículo 18 señala:

“Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos.”³¹⁴

Y en cuanto al Código Penal del Distrito Federal, el concurso de delitos se encuentra establecido en el artículo 28, que a la letra reza:

“Hay concurso ideal, cuando con una sola acción o una sola omisión se cometen varios delitos.

Hay concurso real, cuando con pluralidad de acciones u omisiones se cometen varios delitos.”³¹⁵

(...)

Se observa que ambos preceptos consideran la existencia del concurso de delitos, sin señalar un concepto del mismo, pero tomando en cuenta la existencia de concurso real y concurso ideal de delitos, siendo considerados en ambos preceptos en el mismo sentido; el concurso real como la comisión de varios delitos a través de pluralidad de conductas, las cuales pueden ser de acción o de omisión como señala el Código Penal para el Distrito Federal; y el concurso real como la comisión de varios delitos a través de pluralidad de conductas, que se lleven a cabo a través de acción o de omisión. Sin especificar como lo hace la doctrina, que tanto el concurso real y el ideal pueden ser de forma homogénea y heterogénea, pero de la simple mención del tipo de concursos en ideal y real se desprende la homogeneidad y heterogeneidad con que pueden darse; además de que tampoco hace referencia a que el concurso real también es llamado material y el ideal es conocido también como formal.

³¹⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas. **Legislación Federal**. *Op. cit.* [en línea]. <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s=>> Fecha de consulta 28 de septiembre del 2011.

³¹⁵ **Código Penal para el Distrito Federal**. *Op. cit.* pág. 6.

En cuanto a la sanción que debe aplicarse ante la presencia de un concurso de delitos, el Código Penal Federal en su numeral 64 señala:

“En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, que se aumentará hasta una mitad del máximo de su duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero.

En caso de concurso real, se impondrán las penas previstas para cada uno de los delitos cometidos, sin que exceda de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero. Si las penas se impusieran en el mismo proceso o en distintos, pero si los hechos resultan conexos, o similares, o derivado uno del otro, en todo caso las penas deberán contarse desde el momento en que se privó de libertad por el primer delito.”³¹⁶

El Código Penal Federal establece la aplicación de la pena del delito que merezca la pena mayor y la que podrá aumentarse una mitad más (concurso ideal) o bien, aumentará sin que exceda de los límites que señala la ley (concurso real), remitiendo al Título Segundo del Libro Primero, referente a “las penas y medidas de seguridad”, que entre otras sanciones, se habla de la pena de prisión en el artículo 25, refiriendo que la pena de prisión será de tres días a sesenta años.

La legislación penal del Distrito Federal, en el artículo 28 ya referido, y en el que se señala los tipos de concursos de delitos, remite al artículo 79 del mismo ordenamiento penal, en el que se establece el tipo de sanción, y el cual señala:

“En caso de concurso ideal, se impondrán las sanciones correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse sin rebasar la mitad del máximo de la duración de las penas correspondientes de los delitos

³¹⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas. **Legislación Federal**. *Op. cit.* [en línea]. <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s=>> Fecha de consulta 28 de septiembre del 2011.

restantes, si las sanciones aplicables son de la misma naturaleza; cuando sean de diversa naturaleza podrán imponerse las penas correspondientes a los restantes delitos. En ningún caso, la pena aplicable podrá exceder de los máximos señalados en el Título Tercero del Libro Primero de este Código. En caso de concurso real, se impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado en el artículo 33 de este Código.”³¹⁷

Se conduce en el mismo sentido del Código Penal Federal, haciendo la distinción de sanciones en el concurso ideal y en el real. Respecto al Título Tercero del Libro Primero a que remite, dicho título se refiere a las penas y medidas de seguridad aplicables; además el artículo 33 del mismo ordenamiento penal, hace la indicación de que la duración de la prisión nunca debe ser menor de tres meses ni mayor de setenta años.

Suele confundirse el concurso de delitos con el llamado delito continuado, pues ambos consisten en la realización de una serie de actos punibles aparentemente independientes entre sí. Pero el delito continuado es un delito único, no una serie de delitos sucesivos.

Como ejemplo, un individuo decide robar leña amontonada de una leñera, pero para transportarla tiene que sustraer la leña en varias acciones, cada una de las cuales tiene el carácter de robo. Sin embargo aquí hay un solo delito porque los diversos y sucesivos apoderamientos de la leña no son más que los diversos momentos en durante los que se desarrolla una sola y única resolución criminosa, un único delito.

³¹⁷ **Código Penal para el Distrito Federal.** *Op. cit.* pág. 22.

Otro ejemplo de delito continuado, es aquél cajero de una empresa que durante un largo periodo de tiempo se apodera diariamente de una pequeña cantidad con el objeto de sustraer los diez mil pesos que ella guarda, no comete cientos de robos, aunque cada acto aislado por él realizado sea un robo, sino un solo delito continuado de robo, ya que a pesar de que hay pluralidad de conductas en cada apoderamiento de una pequeña cantidad de dinero, tiene una unidad de propósito de ir sacando el dinero de la caja pero poco a poco para que no se den cuenta hasta conseguir los diez mil pesos, se viola el mismo precepto legal de robo, y una unidad de resolución por parte de sujeto activo.

Al explicar al delito continuado, el autor Pavón Vasconcelos, cita lo expuesto por el tratadista Soler, refiriendo que es aquél "...que se comete cuando una sola resolución delictiva se ejecuta por medio de varias acciones, cada una de las cuales importa una forma análoga de violar la ley..."³¹⁸

Es decir, que "el delito continuado se integra por varios resultados, hay unidad de propósito, unidad de sujeto pasivo y la violación del mismo precepto legal."³¹⁹

Se entiende delito continuado, la presencia de unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, violándose el mismo precepto legal, establecido en el artículo 7 fracción III, del Código Penal Federal y el artículo 17 fracción III del Código Penal para el Distrito Federal.

"La unidad de propósito se exterioriza a través de la pluralidad de actos ejecutados en tiempos diversos que quedan unidas al existir el fin de configurar un delito único, con las mismas."³²⁰

³¹⁸ **Manual de Derecho Penal Mexicano.** *Op. cit.* pág. 581.

³¹⁹ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. **Curso de Derecho Penal. Parte General.** *Op. cit.* pág. 432.

³²⁰ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Manual de Derecho Penal Mexicano.** *Op. cit.* pág. 581.

El origen del delito continuado, fue una figura que nace con el objeto de lograr la reducción de la penalidad en el robo, cuando se realizaba el robo en varias ocasiones en un solo lugar, con el mismo propósito delictivo, y al efecto Luis Jiménez de Asúa, cita las ideas expuestas por Farinaccio, refiriendo que para entender la fundamentación de que ese tipo de delitos, debe observarse que no “hay varios hurtos, sino uno solo, cuando alguien robare de un solo lugar y en distintos tiempos, pero continuada y sucesivamente, una o más cosas.”³²¹

Para verificar la presencia del delito continuado, “se debe precisar la existencia de la intención por parte del sujeto activo, el propósito o designio como fundamentos de la unidad que lo caracterizan.”³²²

En el delito continuado “existe un sujeto activo y una pluralidad de conductas y varios resultados, con unidad de propósito, unidad de sujeto pasivo y violación del mismo precepto legal; en el concurso real o material se presenta un sujeto activo, pluralidad de conductas, varios resultados, varios propósitos delictivos (tantos como conductas se realicen) pluralidad el sujeto pasivo y violación del mismo o de diversos preceptos penales.”³²³

También existen diferencias entre el concurso ideal y el delito continuado, en que “en el primero existe una sola conducta y en el segundo pluralidad de conductas, además en el primero hay pluralidad de sujetos pasivos y en el segundo unidad de sujeto pasivo; en el primero existe pluralidad de propósito; y en segundo unidad de propósito; en el primero se presenta violación de diversos preceptos penales y en el segundo violación del mismo precepto legal.”³²⁴

³²¹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Teoría del Delito. *Op. cit.* pág. 583.

³²² *Ibidem*, pág. 581.

³²³ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General. *Op. cit.* pág. 434.

³²⁴ *Idem*.

CAPÍTULO TERCERO
ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL NO
CONSENTIDA, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 150 DEL CÓDIGO PENAL PARA
EL DISTRITO FEDERAL

Este Capítulo es uno de los temas centrales en el desarrollo de la presente tesis, en él, enfocaremos los principios de la teoría general del delito al estudio particular de la figura delictiva prevista en el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal; el análisis dogmático nos permite desentrañar en cada uno de sus elementos las diversas notas esenciales que integran la figura delictiva, logrando así el conocimiento profundo en su conformación jurídica determinando con ello su alcance normativo.

La dogmática penal, como hemos analizado en capítulos anteriores, es el estudio del contenido de las normas jurídico penales, dando origen a lo que se conoce como ciencia del derecho penal, con ello, se estudia a la norma jurídica en su forma objetiva, separando cada uno de sus elementos básicos.

A efecto de entrar al estudio del artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal, conviene recordar como se ha indicado en el Capítulo Primero del presente trabajo, que la inseminación artificial en humanos es una de las formas de reproducción asistida que tiene como objeto llevar a cabo la fecundación sin que exista una relación sexual y consiste en la introducción del espermatozoides en el aparato genital de la mujer, pudiéndose realizar a través de ciertos procedimientos como el intravaginal, intracervical, intrauterino y el intratubárico.

El contenido literal que la norma jurídica prevé respecto a la inseminación artificial considerada como delito, se encuentra establecido en el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal, y a la letra señala:

“ARTÍCULO 150. A quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, se le impondrán de tres a siete años de prisión.

Si la inseminación se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, se impondrá de cinco a catorce años de prisión.”³²⁵

La naturaleza jurídica del delito de inseminación artificial es de carácter biológico cuyo único fin es la fecundación para lograr un embarazo, ya sea no consentida tratándose de las mujeres mayores de edad o bien, consentida tratándose de las mujeres menores de edad o bien, aquella que sea practicada a las mujeres incapaces de comprender la naturaleza del hecho o incapaces de resistir el mismo.

Como se advierte, la norma jurídica tipifica en su primer párrafo diversas hipótesis mediante las cuales es consumable el delito de inseminación artificial no consentida, mismas que a continuación se exponen en forma separada a efecto de dar mayor claridad e iniciar al estudio dogmático de dicho ilícito.

A) A quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años realice en ella inseminación artificial.

B) A quien en una mujer menor de edad -ya sea con su consentimiento o sin su consentimiento- le realice una inseminación artificial.

C) A quien en una mujer incapaz para comprender el significado del hecho, le realice una inseminación artificial.

³²⁵ Código Penal para el Distrito Federal. *Op. cit.* pág. 38.

D) A quien en una mujer incapaz de resistir el hecho, realice en ella inseminación artificial.

El mismo artículo 150 del ordenamiento penal en comento, prevé en su segundo párrafo otras circunstancias agravantes a través de las cuales se puede consumir el delito de inseminación artificial, considerándose entonces que se trata de un delito complementado cualificado esto es, que al tipo penal fundamental o básico se le agregue cualquiera de las circunstancias siguientes:

A) Si la inseminación artificial se realiza con violencia.

B) Si de la inseminación artificial resulta un embarazo.

Por otro lado, el artículo 152 del mismo código penal, establece otras agravantes al delito de inseminación artificial:

“ARTÍCULO 152. Además de las penas previstas en el capítulo anterior, se impondrá suspensión para ejercer la profesión o, en caso de servidores públicos, inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, así como la destitución.”³²⁶

Vislumbrándose que el tipo penal fundamental o básico establecido en el primer párrafo del artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal, cuenta además de las agravantes mencionadas en el artículo 150 segundo párrafo, con las indicadas en el artículo 152 de la misma legislación, siendo un tipo complementado cualificado, puesto que a la sanción del delito de inseminación artificial existe además la posibilidad de que se le aumente alguna de las calificativas, esto cuando se presenten cualquiera de las siguientes hipótesis:

³²⁶ **Código Penal para el Distrito Federal.** *Op. cit.* pág. 39.

- A) Si el sujeto activo se sirve de su profesión;
- B) Si el sujeto activo actúa en su calidad de servidor público.

Circunstancias anotadas que permiten el incremento de la punibilidad en la proporción que señalan los preceptos aludidos.

En éste sentido el estudio dogmático lo vamos a enfocar comprendiendo las diversas hipótesis que prevé el tipo, a fin de desentrañar de manera completa su contenido y alcance jurídico, siguiendo para ello el método jurídico que aconseja la propia dogmática penal.

3.1. LA ACCIÓN FINAL.- LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Una vez que se ha desmembrado el tipo penal fundamental o básico señalado en el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal, en sus cuatro diversas hipótesis normativas, se aprecia que la acción final consiste en la realización de la inseminación artificial, ya sea en la mujer mayor de dieciocho años que no otorga su consentimiento, o en una mujer menor de edad independientemente de que otorgue o no su consentimiento, en una incapaz para comprender el significado del hecho o bien, en aquella que se encuentra incapacitada para resistir la inseminación artificial.

De acuerdo a lo precisado en la teoría finalista se tiene que en el delito en estudio la acción final consiste específicamente en llevar a cabo la inseminación artificial, y para lograr este cometido se cuentan con dos etapas, la primera de ellas es conocida como elemento subjetivo de la acción final, en donde el sujeto activo tiene en su mente la anticipación o proposición del fin que quiere conseguir, es decir llevar a cabo la inseminación de manera artificial, antes de que se consiga el fin, la inseminación artificial existe de forma anticipada en la psique del autor.

De ahí que la inseminación artificial desde el punto de vista normativo, no puede ser distinto a su significado biológico consistente en: “Un método o artificio distinto a los usados por la naturaleza, para lograr introducir el esperma en el interior de los órganos genitales de la mujer.”³²⁷

La inseminación artificial en humanos, al tener como objeto llevar a cabo la fecundación sin que exista una relación sexual de por medio, consiste en la introducción del esperma en el aparato genital de la mujer, pudiéndose realizar a través de ciertos procedimientos como el intravaginal, intracervical, intrauterino y el intratubárico.

Siguiendo con el elemento subjetivo de la acción final, una vez que el autor tiene en su pensamiento el realizar la actividad inseminatoria, prosigue a seleccionar los medios que utilizara para llevar a cabo su cometido de inseminar artificialmente, es decir, el sujeto en su mente planea de qué se valdrá, verifica qué instrumentos le serán útiles para realizar la inseminación artificial, por consiguiente deben ser idóneos para llevar a cabo la acción final.

Para consumir la inseminación artificial se deben de elegir los medios idóneos, que no pueden ser distintos a los que ampliamente han sido estudiados por las ciencias biológicas, como son la forma homóloga de inseminar o la forma heteróloga de inseminar bajo los diversos métodos de inseminación y que consisten en lo siguiente:

LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA, con sus siglas en español IAH, se emplea cuando el semen de la pareja es válido para la procreación y existe algún impedimento fisiológico, sea en el hombre o en la mujer, que no impide totalmente la producción de gametos en ambos miembros de la pareja, pero si impide que se produzca la fecundación como resultado normal del coito. Los motivos por los que esto puede suceder son los siguientes:

³²⁷ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. **Biogenética, Filiación y Delito...** Op. cit. pág. 19.

- Imposibilidad para depositar el semen en la vagina debido a impotencia; por hispospadias que es la anomalía más frecuente en el pene.

“Existen cuatro tipos de hispospadias, siendo en el glande, el peneano, el escrotogeneano y perineal; el hispospadias del glande es cuando precisamente en esa zona hay una deformación; el peneano es cuando por lo general, el pene está poco desarrollado y con encorvamiento; el escrotogeneano es aquel en el cual el orificio uretral se encuentra en la unión del pene y el escroto; en el perineal es el defecto de los pliegues labios-crotales y el orificio uretral externo se sitúa entre las mitades no fusionadas del escroto.”³²⁸

O bien, por vaginismo la cual “es una irritación anormal y exagerada en la entrada de la vagina, acompañada de espasmos en el tercio externo de la vagina que impide o dificulta la penetración para llevar a cabo una relación sexual.”³²⁹

Además, también puede existir imposibilidad para depositar el semen en la vagina debido a eyaculación retrógrada, ésta última “es aquella en la que el semen es receptado por la vejiga, como resultado de una serie de enfermedades, o en el caso de parapléjicos.”³³⁰

- “Alteraciones del seminograma que es el estudio realizado en el semen humano, como las oligo-astenospermias es decir, hombres cuyo líquido seminal contiene un bajo número de espermatozoides y de reducida movilidad, o la presencia de toxinas en el plasma seminal.”³³¹

- Esterilidad de causa cervical producida por “anomalías anatómicas del cuello del útero, moco cervical insuficiente o inadecuado o esterilidad de causa inmunitaria. En éste caso puede suceder que las secreciones del cuello falten o se encuentren en cantidades insuficientes, o se encuentren demasiado espesas o

³²⁸ MOORE, Keith L. Embriología Clínica. *Op. cit.* pág. 320.

³²⁹ MOORE, David P. y James W. Jefferson. Manual de Psiquiatría Médica. *Op. cit.* pág. 199.

³³⁰ ALLER, Juan y Gustavo Pagés. Infertilidad. Fisiología, Diagnóstico y Tratamiento. *Op. cit.* pág. 17.

³³¹ BOTELLA LLUSIÁ, José. Tratado de Ginecología. *Op. cit.* pág. 994.

infectadas, demasiado ácidas o alcalinas —lo que destruye los gametos masculinos— es cuando procede la intervención del médico para introducir el esperma del marido, no en el canal vaginal, sino en el interior del útero, a efecto de que los gametos masculinos franqueen la barrera constituida por la mucosidad defectuosa.”³³²

- Esterilidad sin causa aparente. “En casos excepcionales la inseminación artificial homóloga se emplea con enfermos cuyos padecimientos, o los tratamientos de éstos, implican peligro de alteraciones graves en los espermatozoides o la pérdida de la espermatogénesis, es decir la pérdida de transformación de las células germinales en espermatozoides. Algunas de estas patologías son los tumores: seminoma, leucosis y otros, cuyos tratamientos conllevan esterilización o alteraciones genéticas de los espermatozoides. En estos casos se puede congelar el semen para posteriormente realizar una inseminación artificial homóloga.”³³³

Las condiciones para la aplicación de la inseminación artificial homóloga requiere que exista el funcionamiento correcto en la mujer de al menos una de las trompas de Falopio. “El procedimiento habitual previo a la inseminación consiste en realizar una serología que verifique que no existe riesgo de rubéola, toxoplasmosis, hepatitis B, hepatitis C, sífilis y VIH. En el terreno psicológico, se informa a la pareja de la probabilidad de éxito y de las posibles complicaciones.”³³⁴

El proceso de inseminación con semen de la pareja suele dividirse en las siguientes fases o técnicas empleadas:

a) Control y estimulación de la ovulación. “Puede hacerse en un ciclo menstrual espontáneo o en uno provocado. La ventaja de hacerlo en un ciclo normal es que se reduce considerablemente la posibilidad de embarazo múltiple

³³² BOTELLA LLUSIÁ, José. Tratado de Ginecología. *Op. cit.* pág. 999.

³³³ ALLER, Juan y Gustavo Pagés. Infertilidad. Fisiología, Diagnóstico y Tratamiento. *Op. cit.* pág. 17.

³³⁴ *Idem.*

pero tiene el inconveniente de que es más difícil y costoso determinar el día de la ovulación y como sólo hay una, las posibilidades de éxito son menores. Si se estimula el ciclo, las posibilidades de éxito son mayores porque hay más ovocitos, se conoce mejor el momento de la ovulación y se corrigen las posibles alteraciones del ciclo que tienen poca o nula expresión clínica, usando elementos de predicción de la ovulación y/o ecografías ginecológicas.”³³⁵

b) Determinación del momento de la inseminación. “La inseminación debe tener lugar lo más próximo posible a la ovulación. Cuando se realiza en un ciclo espontáneo, para la determinación de la ovulación pueden usarse medios clínicos como la temperatura basal o las modificaciones del cuello y el moco cervical.”³³⁶

c) Obtención y preparación del semen. “El semen debe recogerse generalmente mediante masturbación después de un periodo de abstinencia de tres días. Se debe recoger el semen en un recipiente estéril, el cual se mantendrá entre 10 a 40 minutos a temperatura ambiente para que licue. Una vez hecho esto, se elimina el plasma seminal y se seleccionan los espermatozoides de buena calidad del resto del semen.”³³⁷

d) Inseminación. “El semen se deposita en la vagina es decir de forma intravaginal; en el canal cervical o llamada también intracervical; en el útero o conocida como intrauterina; o bien, en las trompas de Falopio, nombrada como intratubárica. La vía más usada es la intrauterina, debido a lo sencillo y el bajo costo que representa.”³³⁸

³³⁵ Banco de Esperma Centro de Fertilidad de California; establecido en 1980. Artículo.- **Inseminación Artificial**. [en línea]. *Op. cit.* Fecha de consulta 20 de febrero del 2011.

³³⁶ PALOMERO, Guillermo, *et al.*, **Lecciones de Embriología**. BOTELLA LLUSIÀ, José. **Tratado de Ginecología**. *Op. cit.* pág. 443.

³³⁷ Doctoralia España S.L. Artículo.- **Inseminación Artificial**. [en línea]. Actualizado en fecha 20 de febrero del 2011. *Op. cit.* Fecha de consulta 20 de febrero del 2011.

³³⁸ PALOMERO, Guillermo. *et al.*, *Op. cit.* pág. 444.

e) **Diagnóstico del embarazo.** “El éxito de cualquier tipo de tratamiento de esterilidad se evalúa por el porcentaje de embarazos conseguidos, aunque también se hace en función de recién nacidos viables conseguidos. Los resultados globales en cuanto al número de embarazos están entre un 13 y un 63 por ciento. En los casos de esterilidad masculina, el porcentaje cae entre un 9,5 y un 43 por ciento. En los casos de esterilidad por causa inmunitaria el porcentaje de éxito oscila entre un 5 y un 8,1 por ciento.”³³⁹

La Inseminación artificial homóloga es una técnica muy segura, pero “tiene sus riesgos como el caso de un embarazo múltiple y deben tenerse en cuenta las complicaciones inherentes a la técnica empleada: infección pélvica, reacciones alérgicas y la creación de anticuerpos antiespermatozoides.”³⁴⁰

LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL CON SEMEN DE DONANTE O HETERÓLOGA, “con sus siglas en español IAD, se emplea en casos de esterilidad masculina, hombres que presentan ausencia de espermatogénesis, enfermedades hereditarias, de transmisión sexual; mujeres sin pareja; en casos de incompatibilidad de Rh y en casos en que la mujer desea tener un hijo sin llevar a cabo relaciones sexuales.”³⁴¹

“La principal diferencia entre este tipo de inseminación y la inseminación artificial homóloga es, por tanto, la obtención del semen, ya que inseminación artificial homóloga se realiza con el semen de la pareja y en la inseminación artificial heteróloga, se lleva a cabo con semen de un donante. Los demás puntos del proceso son prácticamente idénticos.”³⁴²

³³⁹ Doctoralia España S.L. Artículo.- **Inseminación Artificial** [en línea]. *Op. cit.* Fecha de consulta 20 de febrero del 2011.

³⁴⁰ PALOMERO, Guillermo. **Lecciones de Embriología.** *Op. cit.* pág. 444.

³⁴¹ ALLER, Juan y Gustavo Pagés. **Infertilidad. Fisiología, Diagnóstico y Tratamiento.** *Op. cit.* pág. 491

³⁴² TARASCO, Martha y Javier Marcó. **Diez Temas de Reproducción Asistida.** *Op. cit.* pág. 22.

Las técnicas de inseminación artificial; ya sea en su forma homóloga (la realizada con semen de la pareja), o heteróloga (llevada a cabo con semen de un donante), se explican a continuación:

I.- Inseminación intravaginal, “es la menos utilizada, pero puede resultar útil para aquellas personas en las que la mujer ovula regularmente y el hombre no puede eyacular dentro de la vagina, pero lo puede hacer por otros medios como la masturbación o mediante el uso de un vibrador. Se necesita que tanto el conteo como la calidad espermática de la muestra sean adecuados, en ella se deberá utilizar una muestra de esperma de la pareja o incluso del donante que se hubiera seleccionado. Esta muestra deberá colocarse dentro de una jeringa estéril. Dicha jeringa será colocada dentro de la vagina, y se ejercerá una leve presión sobre la misma para que el semen llegue hasta el cuello uterino.”³⁴³

II.- Inseminación intracervical, “es aquella en la que se deberá tomar una muestra de semen, dicho esperma se coloca dentro del cuello uterino, justo antes de la ovulación. Se utilizará un espéculo, es decir, un instrumento que permite abrir la cavidad vaginal y tener acceso al cuello uterino más fácilmente. Luego se le insertará un catéter conteniendo la muestra de esperma dentro del cuello de su útero. Para ello, se le adjuntará una jeringa estéril a dicho catéter, la cual contendrá la muestra de esperma y, una vez adjuntada la misma, se ejercerá una leve presión hasta llegar al cuello uterino, lugar donde se depositará el mismo. Como paso final, se colocará una especie de apósito sobre el cuello uterino a fin de evitar que pueda escaparse o filtrarse algún espermatozoide.”³⁴⁴

III.- Inseminación intrauterina, es el método más utilizado³⁴⁵ y “se realiza utilizando un catéter fino con el cual se introducen los espermatozoides en la cavidad uterina a través del canal cervical, se hace con la paciente en posición ginecológica, si se encuentra sometida a estimulación, el catéter suele franquear

³⁴³ ALLER, Juan y Gustavo Pagés. Infertilidad. Fisiología, Diagnóstico y Tratamiento. *Op. cit.* pág. 483.

³⁴⁴ *Idem.*

³⁴⁵ RAMON, Olga y Roberto Matorras. Tratado de Reproducción Humana para Enfermería. *Op. cit.* pág. 193.

fácilmente el orificio cervical interno, pero en ocasiones es necesario pinzar y traccionar del cuello o pasar previamente el histerómetro. La inyección de semen se realiza lentamente para evitar la distensión del útero y que se produzcan contracciones que puedan expulsarlo a la vagina, es recomendable que la profundidad de inserción sea colocar el semen a una distancia de dos centímetros del fondo uterino, para esto se debe evaluar previamente el tamaño de la cavidad con ultrasonido transvaginal.”³⁴⁶

“Existe una variante de la inseminación artificial intrauterina y es la perfusión espermática de la trompa de Falopio, en la inseminación intrauterina tradicional se preparan los espermatozoides con un volumen de la suspensión espermática de menos de 1 milímetro de medio y en la perfusión espermática es de cuatro milímetros, el procedimiento es similar, pero en esta se logra que los espermatozoides pasen a través de las trompas de Falopio y lleguen al fondo de saco de Douglas. Para prevenir el reflujo de fluido hacia la vagina, se pueden usar pinzas de Allis que son unas pinzas quirúrgicas cuyas ramas terminan en “dientes”, con el fin de comprimir el cuello uterino, o en vez de realizarlo con la cánula de inseminación, insertar en la cavidad uterina un catéter de Foley pediátrico o el catéter de balón para sonohisterografía e inflarlo para que comprima el orificio cervical interno e impida el reflujo hacia la vagina.”³⁴⁷

IV.- Inseminación Intratubárica, “es un tipo de inseminación artificial muy poco común, debido a su alto costo. Generalmente es realizada en clínicas y hospitales, y se debe colocar el esperma directamente dentro de una o de ambas trompas de Falopio para contribuir a que se produzca la fertilización y para evitar que el esperma tenga que desplazarse desde su cuello uterino hasta llegar al útero y allí poder fertilizar a uno o más óvulos. Las mujeres que padecieran problemas ovulatorios o relacionados con su mucosidad cervical podrían verse sumamente beneficiadas al someterse a éste tipo de inseminación Intratubárica,

³⁴⁶ ALLER, Juan y Gustavo Pagés. **Infertilidad. Fisiología, Diagnóstico y Tratamiento.** *Op. cit.* pág. 483.

³⁴⁷ *Ibidem.* pág. 488.

cuyo procedimiento puede ser llevado a cabo de dos maneras diferentes Intracervicalmente, y laparoscópicamente:³⁴⁸

a) “El método intracervical de la inseminación artificial Intratubárica es menos invasivo, y para realizar el mismo se deberá colocar un catéter dentro de su cuello uterino, pasando por su útero, hasta llegar a sus trompas de Falopio. El próximo paso, será la inserción del esperma dentro de este catéter para luego ser depositado dentro de sus trompas de Falopio.”³⁴⁹

b) “El método laparoscópico de la inseminación artificial Intratubárica se vale de una cirugía laparoscópica para poder localizar sus trompas de Falopio. Para ello se le realizará una pequeña incisión en su abdomen y se insertará una cámara a través de ella hasta que la misma llegue a su cavidad pélvica. Esta cámara luego será utilizada para poder determinar el lugar exacto en el que se encuentran sus trompas de Falopio. Más tarde, se le insertará un catéter dentro de las mismas el cual se encargará de depositar la muestra de esperma dentro de ellas.”³⁵⁰

Siguiendo con el estudio dogmatico del delito en estudio, la segunda etapa de la acción final llamada fase objetiva consiste en que una vez que existe la anticipación mental de la consumación de la inseminación artificial, que se han elegido los medios para llevarla a cabo, ya sea en su forma homóloga o heteróloga y en cualquiera de sus procedimientos (intravaginal, intracervical, intrauterino o intratubárico), el actor efectúa su acción en el mundo real, pone en movimiento los medios de acción de acuerdo a su plan y que han sido escogidos con anterioridad, dando por resultado el fin buscado de inseminar de manera artificial ya sea en la mujer mayor de dieciocho años que no otorga su consentimiento, o en una mujer menor de edad independientemente de que otorgue o no su consentimiento, en una incapaz para comprender el significado

³⁴⁸ ALLER, Juan y Gustavo Pagés. Infertilidad. Fisiología, Diagnóstico y Tratamiento. *Op. cit.* pág. 488.

³⁴⁹ *Idem.*

³⁵⁰ *Idem.*

del hecho o bien, en aquella que se encuentra incapacitada para resistir la inseminación artificial.

El sujeto activo visualiza de manera anticipada las consecuencias que acarrea el hecho de ejecutar esa inseminación artificial, ya que ninguna acción final, puede ser ciega sino vista de manera anticipada por el sujeto activo desde que llega a determinar el fin como contenido de su propia voluntad y, no obstante habérsela representado en su inteligencia de manera anticipada, ejecuta los actos tendientes a lograr esa inseminación artificial.

Como se ha de notar el estudio integral de la acción final comprende el amplio contenido de sus elementos que han sido expuestos y que resultan fundamentales para poder integrar el primer elemento del delito, estamos hablando de la conducta, pues a pesar de no haberlo precisado en el índice que conforma el protocolo de investigación, por exigencia metodológica para un estudio completo e integral de la figura delictiva, se hace necesario el estudio de éste apartado.

En este sentido, el delito de inseminación artificial no consentida, debe ser clasificado:

a) En orden a la conducta. Es un delito de acción, por estar integrado por el conjunto de movimientos corporales que lo constituyen.

No es concebible la posibilidad de consumar este delito a través de una inactividad, que es esencia de la omisión, pues la inseminación artificial exige, necesariamente, los movimientos corporales del sujeto activo.

A pesar de que la doctrina aporta diversas clasificaciones en relación a la conducta confirmadora de las figuras delictivas, dejamos de analizarlas tratándose del delito de inseminación artificial por no resultar aplicables.

b) Por el resultado. Es un delito de resultado formal, porque en su realización no requiere que necesariamente se produzca un cambio o algún tipo de alteración en el objeto material, es decir en el cuerpo de la mujer mayor de edad que no ha otorgado su consentimiento, en la menor de edad aún con su consentimiento, o en la que es incapaz de comprender la naturaleza del hecho o que es incapaz de resistirlo. Incluso no interesa si producto de la actividad inseminatoria resulta un embarazo, pues el tipo penal no exige resultado posterior alguno, no se requiere la presencia de la fecundación para que el delito se complete.

c) Por el daño que causan. Es de lesión debido a que causa un menoscabo al bien jurídicamente tutelado, considerándose que es la libertad de autodeterminación de la mujer para que se le realice una inseminación artificial, esto tratándose de las mujeres mayores de edad, y en cuanto a las mujeres menores de edad o incapaces de comprender la naturaleza del hecho o incapaces de resistirlo, se tiene que existe menoscabo al bien jurídico tutelado, siendo en su caso la seguridad de la mujer de no ser inseminada artificialmente por no estar en posibilidades de decidir libremente.

d) Por su duración. Es un delito instantáneo, ya que en el mismo momento de su ejecución se consuma el acto delictivo; se comete mediante la realización de una sola acción única, o bien, de una compuesta por diversos actos que entrelazados producen el resultado, atendándose esencialmente a la unidad de la acción.

e) Por el elemento interno. Es un ilícito doloso, porque el agente tiene la plena voluntad de realizarlo; es decir, al efectuar el acto o actos que conducen a conseguir la inseminación artificial, es evidente que desea el resultado del hecho delictivo. Sin que exista la posibilidad de que el activo del delito lleve a cabo una inseminación artificial de manera culposa.

f) En relación al número de actos. Es un delito unisubsistente o bien puede también ser plurisubsistente, dependiendo del número de actos que conformen la acción, por lo que será unisubsistente cuando con un solo movimiento corporal llega a constituirse la acción, o bien plurisubsistente cuando se constituye por varios actos o movimientos corporales.

g) En relación al número de sujetos. Es unisubjetivo, porque el texto legal así nos lo expone al mencionar las palabras "A quien...", con lo cual entendemos que basta la participación de un sólo sujeto para que se colme el tipo penal.

h) Por su forma de persecución. Es de oficio, excepto en el caso en que entre el activo y la pasivo exista relación de matrimonio, concubinato o relación de pareja, casos en los cuales se persigue a petición de la parte ofendida, es decir, se establece la querrela necesaria para la prosecución del ilícito, con lo que se permite el otorgamiento del perdón y la cesación de los efectos penales. Así se desprende de lo que expresamente señala el artículo 153 del Código Penal para el Distrito Penal, al disponer que:

“Cuando entre el activo y la pasivo exista relación de matrimonio, concubinato o relación de pareja, los delitos previstos en los artículos anteriores se perseguirán por querrela.”³⁵¹

Ante lo cual, resulta imprescindible remitirnos a lo que establece la legislación civil del Distrito Federal en primer lugar, respecto a la figura jurídica del matrimonio, en donde en su artículo 146 a partir del decreto de Reforma publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, con vigencia a partir del día 04 de marzo del año 2010, señala que “matrimonio es la unión libre de dos personas para

³⁵¹ **Código Penal para el Distrito Federal.** *Op. cit.* pág. 39.

realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua.”³⁵²

Entendiéndose “matrimonio” la unión de dos personas, independientemente del sexo que entre ellas exista, permitiéndose la unión de parejas tanto heterosexuales como homosexuales, con la pretensión de tener vida en común.

Mientras que el artículo 148 del Código Civil para el Distrito Federal indica que los contrayentes deben ser mayores de edad o bien si son menores deben tener dieciséis años cumplidos y que el padre o la madre o el tutor o en su defecto, el Juez de lo familiar otorguen su consentimiento para que pueda realizarse la celebración del matrimonio.³⁵³

En cuanto al concubinato, es una figura jurídica que se encuentra prevista en el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 291 Bis, y a partir del decreto de Reforma publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal,³⁵⁴ con entrada en vigor del día 04 de marzo del año 2010, establece que el concubinato queda integrado cuando no existe impedimento legal para contraer matrimonio y las concubinas o concubinos (independientemente de la unión homosexual o heterosexual existente), han vivido en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años o bien no ha transcurrido este término pero reúnen los demás requisitos y han tenido un hijo en común.

En lo concerniente a la denominada “relación de pareja” que debe estar latente entre el sujeto activo y la pasivo para que sea necesaria la presentación de la querrela por parte de la ofendida en el delito de inseminación artificial, la “Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal” a partir del decreto de

³⁵² Gaceta Oficial del Distrito Federal. Decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. México, Distrito Federal. 29 de diciembre del 2009. págs. 525-526.

³⁵³ Código Civil para el Distrito Federal. *Op. cit.* pág. 42.

³⁵⁴ Gaceta Oficial del Distrito Federal. Decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. México, Distrito Federal. 29 de diciembre del 2009. *Op. cit.* págs. 525-526.

Reforma publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, con entrada en vigor el día 16 de marzo del año 2007, en su artículo 2 establece la llamada Sociedad de Convivencia, entendida ésta como un “acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua.”³⁵⁵

Mientras que el artículo 3 indica que para que dicha sociedad de convivencia surta efectos frente a terceros, debe ser registrada ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político-Administrativo correspondiente.³⁵⁶

En las figuras jurídicas de matrimonio, concubinato y la sociedad de convivencia, existen impedimentos legales cuya presencia, como su nombre lo indica, impiden o imposibilitan que se lleve a cabo cualquiera de estas formas de convivencia entre la pareja.

El Código Civil para el Distrito Federal establece en su artículo 156, los impedimentos para la celebración del matrimonio que entre otros, los que interesan en el tema en estudio de inseminación artificial no consentida lo es: la falta de edad que establece la ley como requisito para contraer matrimonio; padecer incapacidad legal que es aquella que padece un mayor de edad por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.³⁵⁷

El Código Civil local establece como impedimentos legales en el concubinato los mismos que en la figura jurídica del matrimonio, y que son

³⁵⁵ **Gaceta Oficial del Distrito Federal. Decreto de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal.** México, Distrito Federal. 16 de noviembre del 2006. pág. 3.

³⁵⁶ *Idem.*

³⁵⁷ **Código Civil para el Distrito Federal.** *Op. cit.* pág. 42.

similares a la sociedad en convivencia, según remite la misma legislación de “Ley de Sociedad de Convivencia en el Distrito Federal” al Código Civil para el Distrito Federal de manera supletoria.

Concatenado a lo anterior y al tema en estudio, se tiene que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 264, establece qué personas podrán presentar la querrela necesaria:

- a) La mayor de edad ofendida;
- b) La menor de edad ofendida;
- c) En caso de que la ofendida presente alguna incapacidad de carácter mental, podrán presentar su querrela los ascendientes y a falta de estos, los hermanos o los que representen a aquéllos legalmente;
- d) En representación de la persona física lo podrá hacer su apoderado con poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial.³⁵⁸

Se concluye que como parte ofendida en el delito de inseminación artificial podrán presentar querrela en contra de su esposo, de su concubino o de su pareja —dentro de la sociedad en convivencia de acuerdo a las personas que pueden celebrar este tipo de unión de carácter civil—, serán la mayor de edad que no proporcione su consentimiento para ser inseminada artificialmente; la mujer menor de dieciocho años y mayor de dieciséis años haya o no otorgado el consentimiento para ser inseminada artificialmente, —siendo la edad permitida para la celebración de este tipo de uniones, artículo 148, 291 Bis del Código Civil para el Distrito Federal y 2 de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, arriba indicados—; sin que exista la posibilidad de que una mujer que se encuentre bajo alguna incapacidad mental pueda celebrar algún tipo de las uniones manifestadas, por tanto no existe la querrela por parte de una persona con éstas características. Si una mujer que se encuentra en el supuesto de estar casada civilmente, en concubinato o en sociedad en convivencia con el sujeto

³⁵⁸ **Agenda Penal. Código de Procedimientos Penales.** *Op. cit.* pág. 43.

activo, se encuentra en un estado tal que se encuentre incapacitada de resistir el acto inseminatorio en su persona, procederá la querrela de su parte, ya sea que se trate de una mayor de edad o, de una mayor de dieciséis años y menor de dieciocho años.

i) En función de su materia. Es un delito de relevancia en materia común, debido a que será sancionado en la jurisdicción del Distrito Federal, según en donde se cometa.

Una vez que ha surgido en el mundo fáctico la realización de la acción final, es necesario determinar si se satisfacen todos y cada uno de los elementos que se contemplan en el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal, con lo cual exista una correspondencia uno a uno, entre los elementos fácticos y los descritos en la figura delictiva, dando lugar con ello, al nacimiento del segundo de los elementos del delito, consistente en la relación conceptual, valorativamente formulada por el aplicador del derecho.

3.2. TIPICIDAD.- ADECUACIÓN A LO DESCRITO EN EL ARTÍCULO 150 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Conforme con la doctrina generalizada de la teoría del delito, la tipicidad es “la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.”³⁵⁹

Entonces, tratándose del delito en estudio, la tipicidad consiste en la adecuación a lo descrito en el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal, una vez que exista correspondencia entre los elementos derivados del acontecimiento fáctico y lo descrito como contenido de la norma penal.

³⁵⁹ CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. (Parte General). *Op. cit.* pág. 167.

Esta es precisamente la razón, por la que en el estudio de la tipicidad debe comprender como presupuesto indispensable el análisis del tipo penal y su contenido, pues sólo sabiendo el alcance de éste, se estará en aptitud de conocer la necesidad de satisfacer todos y cada uno de sus elementos.

A) ELEMENTOS DEL TIPO.- Acción final; sujeto activo; sujeto pasivo; bien jurídico; objeto material; elementos normativos; referencia a otro hecho punible

Los elementos del tipo penal, como lo hemos expuesto y de acuerdo a lo que señala la ilustre jurista Olga Islas de González Mariscal, es el contenido necesario para la protección y tutela del bien jurídico, de tal suerte, que entre más elementos contenga el tipo penal, menor será la protección y tutela del bien jurídico, en cambio, entre menor número de elementos contenga el tipo penal, mayor será la protección al bien jurídico.

Dentro de los elementos del tipo penal, la doctrina más generalizada, en la teoría del delito, los ha dividido, en tres especies: a) Elementos objetivos, que son todos aquéllos que son susceptibles de percibirse a través de los sentidos; b) elementos normativos, que son todos aquéllos requisitos exigidos por el tipo y que requieren una determinada valoración jurídica o cultural, para determinar su contenido y alcance jurídico; y c) elementos subjetivos, en los que se comprenden las direcciones subjetivas de voluntad, intenciones, sensaciones, o un determinado ánimo que sólo existe en el intelecto del sujeto activo al momento de la perpetración de la acción.

Bajo estos parámetros, analizaremos el contenido del artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal, y que consiste en lo siguiente:

ACCIÓN FINAL.- La acción final descrita en el tipo penal en estudio, está referida bajo el concepto “inseminación artificial”, cuyo alcance y contenido ya ha sido precisada en la primera parte del presente capítulo, su significado,

características, tipos y procedimientos, por lo que se remite al lector a la revisión de dicho apartado y evitar innecesarias repeticiones.

SUJETO ACTIVO.- Entendido el sujeto activo como toda persona que realiza una parte del tipo penal, dentro de la descripción normativa respecto al sujeto a quien se dirige el deber normativo, la norma punitiva lo refiere en forma muy general, al señalarlo como: “A quien”, con lo que se desprende, que no se requiere ninguna calidad específica o número determinado de sujetos que deben intervenir en la realización de la acción; el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal comprende a un sujeto activo común o indiferente, pues cualquier persona que esté en aptitud de realizar la acción final, colma los extremos de la disposición normativa, sin que sea necesario que un especialista en la materia sea la persona que lleve a cabo la inseminación artificial.

Por otro lado, el artículo 152 del mismo ordenamiento, propone la existencia de otros sujetos activos, estableciendo una pena complementaria: suspensión para ejercer la profesión o, en caso de servidores públicos, inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, así como la destitución. Lo que se entiende, pues bajo las especialidades de los sujetos a que se refiere dicho precepto, es factible la realización de la inseminación artificial bajo esta particularidad en el sujeto activo.

Artículo 152 del Código Penal para el Distrito Federal, que expresamente señala:

“Además de las penas previstas en el capítulo anterior, se impondrá suspensión para ejercer la profesión o, en caso de servidores públicos, inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, así como la destitución.”³⁶⁰

³⁶⁰ **Código Penal para el Distrito Federal.** *Op. cit.* pág. 39.

En relación al número de sujetos activos necesarios para la ejecución de la acción final típica, la disposición normativa sólo establece de manera singular su previsión, con lo que es válido afirmar que se trata de un tipo penal monosubjetivo al exigirse la intervención de cuando menos un sujeto, sin embargo, ésta previsión no excluye la posibilidad de intervenir otros sujetos, a quienes se les aplicará en su caso, las reglas de la autoría y participación, respondiendo cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

SUJETO PASIVO.- Entendido éste sujeto, como el titular del bien jurídico; el tipo penal en estudio sí señala determinada calidad que debe tener el sujeto pasivo. Estableciendo que la práctica de la inseminación artificial puede llevarse a cabo solo en mujeres, por lo que a continuación se desglosan los supuestos de sujetos pasivos que se encuentran configurados en la hipótesis normativa en estudio:

1) Mujeres que son mayores de edad.- Se tutela a las mujeres mayores de edad que no consientan en la inseminación artificial, sin exigir calidad alguna para colmar los extremos del tipo, el delito es impersonal, en virtud de que cualquier persona de este género esta tutelada por la norma punitiva.

2) Mujeres que cuentan con la minoría de edad.- Las menores de edad se encuentran protegidas en la legislación penal, exista o no su consentimiento; en relación a estos sujetos pasivos el tipo penal es de carácter personal, basta con que la mujer sea menor de edad para dar por cumplidos los extremos que el tipo penal exige.

3) Mujeres que mayores de edad se encuentran incapaces de comprender.- La legislación penal ha previsto la situación de aquellas mujeres que aunque son mayores de edad, se encuentran incapaces de comprender la naturaleza de la actividad inseminatoria en su persona, como pudiera ser el caso

de que la mujer se encuentre en un estado inimputable que le impida entender, comprender, procesar, saber o conocer lo que se realiza en su persona.

4) Mujeres mayores de edad que se encuentran incapaces de resistir.-

El tipo penal contempla el supuesto en el que la sujeto pasivo mayor de edad tiene la capacidad de comprender lo que significa la actividad inseminatoria en su persona, pero se encuentra imposibilitada para resistirla, ya que no se puede oponer materialmente, ya sea por cuestiones física o psíquicas, es una condición personal de la sujeto pasivo que el sujeto activo aprovecha para facilitar la inseminación artificial; tal es el caso en que la ofendida se encuentra amagada, presenta alguna parálisis en el cuerpo, se encuentra en estado de embriaguez, drogada, sedada, u otras hipótesis que le impiden resistir la practica de la inseminación artificial, ya sea que ella misma se ha colocado en ese estado de forma voluntaria o accidental o bien, que el sujeto activo sea quien la haya colocado de ese modo a efecto de cumplir con su propósito de inseminarla artificialmente.³⁶¹

5) Mujeres menores de edad que se encuentran incapaces de comprender.- Se contempla la hipótesis en la que la sujeto pasivo además de ser menor de edad, presenta una incapacidad tal que le impide comprender la naturaleza de la inseminación artificial que el sujeto activo lleva en su persona.

6) Mujeres menores de edad que se encuentran incapaces de resistir.- Se tiene la hipótesis normativa en la que se practica la inseminación artificial en una menor de edad que además tiene la incapacidad de resistir dicha conducta en su persona, por cuestiones física o psíquicas, como lo es encontrarse en estado de embriaguez, drogada, en estado hipnótico, sedada, o algún otro que le impiden realizar alguna resistencia en contra de la inseminación artificial; existe la posibilidad de que la menor de edad se coloca en esa situación y es aprovechada

³⁶¹ GALETTA DE RODRÍGUEZ, Beatriz y Agustín W. Rodríguez. Fundamentos de Derecho Penal y Criminología. Editorial Juris. Argentina, 2001. pág. 79.

por el sujeto activo para su ejecución, o bien, que sea el sujeto activo quien la haya colocado en ese estado para poder desplegar su conducta delictiva.

De todo lo anterior se tiene que tratándose del sujeto pasivo el tipo penal, es impersonal tratándose de las mujeres mayores de edad, y es personal tratándose de las menores de edad o bien, cuando sean incapaces de comprender o resistir la conducta delictiva.

BIEN JURÍDICO.- Se encuentra referido en el tipo penal del artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal, que sin duda, no se circunscribe a un solo valor tutelado, sino que en su contenido normativo comprende diversos valores.

En cuanto a las ofendidas que son mayores de edad y que no han otorgado su consentimiento en que se les practique una inseminación artificial, el bien jurídico tiene la característica de ser disponible al existir la posibilidad de que el titular del mismo pueda otorgar su consentimiento de acuerdo a la ley para que se realicen determinadas acciones en torno a él; razón por la cual se concluye que el bien protegido es la libertad de decisión o autodeterminación de la mujer a decidir sobre el número de hijos que desean tener, en donde prefieren que se lleve a cabo, la persona que quieren sea el padre genético, el momento en que planean tener un hijo e incluso si desean que el embarazo sea de manera natural o artificial.

Respecto a las menores de edad, independientemente de que otorguen o no su consentimiento en la inseminación artificial practicada en su persona o, de aquellas mujeres que se encuentran incapaces de comprender la naturaleza del hecho o se encuentren incapaces de resistirlo, se considera que el bien jurídico es la seguridad de la mujer de que no se les realice una inseminación artificial. En las menores de edad el bien jurídico es la seguridad de la mujer en virtud de que al contar con una minoría de edad, no tienen posibilidad de tomar decisiones de

manera libre y en ellas el bien jurídico no se encuentra disponible. Mientras que en las mujeres que no tienen capacidad de comprensión o de resistir esa actividad inseminatoria, al encontrarse ausente la libertad de decisión por mantenerse en ese estado, la ley les protege a pesar de que se considera como un bien jurídico disponible, considerándose que también en esta hipótesis el bien jurídico es la seguridad de la mujer a ser inseminada.

OBJETO MATERIAL.- Conforme a la doctrina más generalizada, el objeto material es el ente corpóreo sobre el cual recae los efectos de la conducta delictiva, que en la hipótesis de la disposición normativa en estudio, el objeto material es el cuerpo de la mujer en quien se ejecuta la inseminación artificial, no consentida tratándose de las mayores de edad capaces o a pesar de ser consentida, tratándose de las menores de edad; o en su caso, de las incapaces de comprender la naturaleza de la conducta inseminatoria, o las incapaces de resistir dicha conducta.

Para profundizar en el estudio dogmático del delito de inseminación artificial y a pesar de que no se encuentra contemplado en el índice del protocolo del presente trabajo, es necesario continuar con el análisis de otros elementos objetivos siendo: referencias de tiempo, de espacio y de acuerdo a los medios de comisión:

REFERENCIAS TEMPORALES Y ESPACIALES.- El artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal, no establece alguna condicionante de tiempo o lugar que deba cumplimentarse para la sanción de la conducta delictiva.

MEDIOS DE COMISIÓN.- El artículo 150 del ordenamiento penal invocado, resulta indiferente en su primer párrafo en cuanto a los medios de comisión, ya que de manera esencial no requiere de algún medio en específico para que la conducta sea considerada delictiva; basta con la practica de la inseminación artificial en el cuerpo de cualquiera de las sujeto pasivo anteriormente analizadas.

Sin embargo, el multicitado artículo 150, en su párrafo segundo, indica la posibilidad de que exista como medio de comisión el uso de la violencia, al especificar lo siguiente:

“Si la inseminación se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, se impondrá de cinco a catorce años de prisión.”³⁶²

Abarcando tanto la violencia física como la moral, y sin que sea esencial para integrar la conducta delictiva, ya que sólo en el supuesto de que el sujeto activo haga uso de la violencia en la comisión de dicho ilícito, operara una agravante de la pena.

ELEMENTOS NORMATIVOS.- El tipo penal previsto en el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal, sí contempla en su conformación ontológica requisitos que exigen una determinada valoración, para poder colmar los extremos del tipo y sin los cuales la realización conceptual no estaría completada.

En este sentido, como elementos normativos con valoración jurídica encontramos, por un lado la exigencia típica sobre la ausencia de consentimiento por parte de la mujer mayor de edad.

Por otro lado un elemento normativo en una segunda hipótesis de sujeto pasivo, lo es su minoría de edad, es decir que cuente con una edad menor de dieciocho años.

Por último, en cuanto a las mujeres que siendo mayores de edad o bien menores de dieciocho años, el elemento normativo que exige el tipo en estudio es la incapacidad de comprensión respecto a la naturaleza de la conducta o bien, la incapacidad de resistir a esa conducta.

³⁶² Código Penal para el Distrito Federal. *Op. cit.* pág. 38.

ELEMENTOS SUBJETIVOS.- Se refieren al contenido de la voluntad respecto del actor para desplegar la acción de inseminar artificialmente.

La inseminación artificial solamente puede realizarse de forma dolosa, ya que el sujeto activo sabe que está realizando una inseminación artificial en una mujer mayor de dieciocho años que no otorga su conocimiento o bien, en una menor de edad, no porque el autor sepa con precisión la minoría de edad con que cuenta la mujer, sino porque se representa en su mente la posibilidad de que sea menor de edad, como pudiera ser el caso de que la menor presente ciertas características físicas que hagan presumir una edad menor a los dieciocho años.

Además, el agente sabe en su caso que está realizando una inseminación de forma artificial en una mujer que se encuentra incapacitada para comprender o bien para resistir esa conducta realizada en su persona. Tiene conocimiento el sujeto activo del resultado que causará al inseminar artificialmente a cualquiera de estas ofendidas, conociendo que al realizar determinada actividad indiscutiblemente es acorde a la producción de la inseminación artificial.

Entonces el actor sabe la naturaleza de este tipo de inseminación artificial y concibe que puede llevarla a cabo por estar en posibilidades de consumarla, externa su voluntad para concretarla; considerándose entonces que el delito de inseminación artificial sólo puede ser consumado a través del dolo directo siendo que el autor quiere llevar a cabo el resultado de inseminar artificialmente, porque el agente no puede realizar la conductas tendientes a la realización de una inseminación artificial, pensando que hay la posibilidad en que la inseminación artificial no se lleve a cabo, o bien, sabe que con su conducta se puede realizar una inseminación artificial, confiando en que ésta no se producirá, resulta ilógico y sin posibilidad de que se realice una inseminación artificial de forma culposa.

REFERENCIA A OTRO HECHO PUNIBLE.- Al realizar un análisis del delito de inseminación artificial contemplado en el artículo 150 del Código Penal

para el Distrito Federal, se tiene que el tipo penal no hace referencia particular a otro hecho punible.

B) CLASIFICACIÓN EN ORDEN AL TIPO DEL DELITO EN ESTUDIO

Las características de los tipos penales permiten agruparlos bajo distintos rubros, dependiente de su conformación ontológica, y de su estructura.

Por ésta razón y retomando los diversos criterios que en la doctrina se han desarrollado con relación a éste tema, partiendo de la estructura del tipo penal previsto en el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal, podemos clasificarlo bajo los siguientes criterios:

1.- Tipo fundamental o básico.- En virtud de que el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal en base a su previsión normativa tiene plena independencia, es decir, se plasma una conducta ilícita sobre un bien jurídico tutelado.

2.- Tipo autónomo o independiente.- Es autónomo el tipo penal de inseminación artificial, debido a que para su tipificación no requiere de la existencia de algún otro tipo.

3.- Tipo complementado cualificado.- Adquiere ésta modalidad el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal, cuando de acuerdo al segundo párrafo del mismo artículo, se utiliza ya sea a la violencia física o moral como medio comisivo; así mismo adquiere ésta modalidad cuando producto de la inseminación artificial resulta un embarazo. Ambas modalidades tienden a agravar la pena en la misma proporción y que no es distinto al tipo fundamental o básico.

4.- Tipo de formulación libre.- En virtud de que el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal no señala en forma específica la manera en la que

deba desarrollarse la acción final, por consiguiente se entiende que puede llevarse a cabo la inseminación artificial a través de cualquier manera que haga óptimo llevar a cabo esa actividad.

5.- Tipo de formulación casuística.- Sólo adquiere ésta modalidad cuando el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal se transforma en tipo complementado circunstanciado cualificado, al agregarle como circunstancia agravante la violencia física o moral; agravante que se encuentra de manifiesto en la segunda parte de dicho numeral.

6.- Tipo de formulación alternativa.- Se considera en éste supuesto el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal, en cuanto a la formulación alternativa en la sujeto pasivo, siendo que el tipo penal considera a las mujeres mayores de dieciocho años; a las menores de ésta edad, o en su caso a las mayores o menores de edad que sean incapaces de comprender la naturaleza de la inseminación artificial o sean incapaces de resistirla.

7.- Tipo anormal.- Tiene ésta cualidad el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal, toda vez que, en su conformación normativa contiene elementos normativos con valoración jurídica, como son las cualidades que puede revestir las diversas modalidades de sujeto pasivo o la ausencia de consentimiento por parte de la mujer mayor de dieciocho años en el proceso de inseminación artificial, por ello la existencia de los elementos normativos justifican la anormalidad del tipo penal dentro de su clasificación genérica.

3.3. ANTIJURIDICIDAD.- VALORES ÉTICOS SOCIALES DEL TIPO PENAL

Existe una estrecha relación entre la medicina y el derecho, siendo que toda actividad humana que importe peligro o altere a la sociedad, ha sido considerada en un cuerpo normativo a efecto de proteger la vida de la colectividad buscando el Estado la protección de los bienes jurídicos, tal es el caso que el

Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 150 tipifica el delito de inseminación artificial y estableciendo diversas hipótesis a efecto de salvaguardar los derechos de las sujetos pasivo.

Al ser concebida la antijuridicidad como la violación de los valores éticos sociales contenidos en el tipo penal que se estudia, resulta necesario destacar el contenido y el alcance de dichos valores, a efecto de precisar la forma de desvaloración desarrollada por la acción delictiva y concretada a través del resultado que llega a producir.

En cuanto a las ofendidas que son mayores de edad y que no han otorgado su consentimiento a que se les practique una inseminación artificial, se tiene como valor ético la libertad de decisión, existe una autodeterminación por su parte, siendo que se protege el derecho a que la mujer decida sobre el número de hijos que desea tener, el tiempo en el cual desea hacerlo y además la persona con la que desea engendrar, ya sea de manera natural, o bien de manera artificial, entonces existe la protección a las mujeres que teniendo la calidad de ser mayores de edad, no otorgan su consentimiento para la practica de la inseminación artificial, sancionando a la persona que contravenga dicho valor ético-social y que incluso se encuentra amparado por el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al establecer literalmente “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.”³⁶³

Ahora bien, por lo que respecta a las menores de edad, independientemente de que otorguen o no su consentimiento en la inseminación artificial o, de aquellas mujeres que se encuentran incapaces de comprender la naturaleza del hecho o se encuentren incapaces de resistirlo, se considera que el bien jurídico es la seguridad de que no se les realice una inseminación artificial, es el valor ético social que protege el Estado, pues se considera que dichas

³⁶³ **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.** *Op. cit.* pág. 8.

personas no tienen facultad de autodeterminación, por no tener la posibilidad de tomar decisiones de manera libre.

Se tiene que la antijuridicidad de la figura delictiva queda concretada desde el momento en el que el sujeto activo aprovechándose de las mujeres menores de edad o de las incapaces de comprender la naturaleza de la conducta delictiva o bien incapaces de resistirla, efectúa en ellas una inseminación artificial, pues a pesar de no contar con libertad para autodeterminarse en el desarrollo de esa conducta, siguen siendo titulares de su propio cuerpo, de las funciones que genera el mismo, incluyendo la concepción que pueda traer consigo una inseminación artificial.

Se ha considerado que es antijurídico todo aquello que no es lícito, es decir, todo aquello que no está permitido o autorizado por una norma jurídica. Por ello, tratándose de la inseminación artificial no consentida en mujeres mayores de edad o a pesar de ser consentida se trate de menores de edad o incapaces de comprender o de resistir la conducta delictiva, tendrá carácter antijurídico cuando no sea lícita la inseminación artificial, con lo que se da pauta al necesario estudio de las causas de licitud a efecto de precisar si alguna de ellas puede concurrir en una acción de esta naturaleza, lo que será estudiado en el Capítulo y apartado correspondiente.

3.4. CULPABILIDAD EN EL DELITO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL NO CONSENTIDA

Es cierto que la culpabilidad ha sido analizada desde el causalismo, ya sea acogiendo el psicologismo o el normativismo, cuyo elemento esencial de culpabilidad esta concretado por la existencia del dolo, sin embargo desde el punto de vista de la acción final, el dolo conforma la acción típica y no la culpabilidad del delito.

Es decir, de acuerdo a lo mencionado con antelación, se tiene que la culpabilidad, dentro de la tendencia del psicologismo y el normativismo, se considera al dolo como su elemento esencial para la realización de la conducta delictiva, en cambio en el finalismo, se considera que el sujeto al determinar el fin que desea conseguir, elige los medios idóneos con los que lograra conseguir el mismo, y prevé el resultado que producirá al realizar su conducta, son conformadores de la esencia del dolo, es decir, el finalismo en atención a lo anterior, considera al dolo como elemento esencial de la acción y no como elemento de la culpabilidad, ya que al finalismo le interesa el fin perseguido por el agente, por lo cual al realizarse una conducta delictiva, manifestará la intención que dicha persona mantiene al desplegar la acción de carácter antijurídica, sin que sea el dolo considerado como elemento de la culpabilidad, pues ésta se integra con varios elementos que en su conjunto encierran su esencia como son los que se van a analizar en el desarrollo de todo éste apartado.

Para la integración del delito de inseminación artificial no consentida, tratándose de mujeres mayores de edad o consentida tratándose de mujeres menores de edad o incapaces para comprender la naturaleza del hecho o incluso, mayores de edad o menores de edad con incapacidad de resistir el hecho, es necesario que se integre la culpabilidad del sujeto a efecto de que se satisfagan los elementos esenciales del delito, pues de lo contrario, la figura delictiva no quedará íntegramente conformada, asociándosele el aspecto negativo del delito al faltar uno de sus elementos substanciales.

Para estar en posibilidades de precisar el alcance de la culpabilidad en esta especial figura delictiva prevista en el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal, se hace necesario desmembrar cada uno de sus elementos que en su conjunto son esenciales para fincar el juicio de reproche en contra de su autor.

A) IMPUTABILIDAD

Para la formulación del juicio de culpabilidad, es indispensable que el sujeto sea imputable en su connotación jurídica y con el alcance que ha explicado la teoría general del delito, analizado en el Capítulo precedente y que en éste apartado sólo nos referiremos al sujeto imputable tratándose del delito de inseminación artificial a que se refiere el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal.

En la inseminación artificial el sujeto será imputable cuando tenga capacidad de querer y entender la violación del deber jurídico penal, existe la capacidad de querer desarrollar la inseminación artificial y entender el alcance jurídico que esto trae aparejado, ya sea en una mujer mayor de edad sin su consentimiento, o en una menor o incapaz aún cuando se cuente con el consentimiento de la misma, o bien, en una mayor de edad o una menor que no tenga capacidad de resistir a esa conducta. La autodeterminación del sujeto implica la necesaria presencia de su libre albedrío, en cuanto a su aptitud de decidir en forma voluntaria la realización de la acción inseminatoria en los sujetos a que se contrae el tipo penal.

B) EXIGIBILIDAD

Este segundo elemento de la culpabilidad, se refiere a la exigencia en contra del sujeto a efecto de que se conduzca de acuerdo a lo establecido en la norma punitiva, y por consiguiente, la exigencia de no transgredir la libertad de las mujeres mayores de edad en su autodeterminación sobre el número de hijos que desea tener, el tiempo en el cual prefiere hacerlo y además la persona con la que desea engendrar, ya sea de manera natural, o bien de manera artificial, o bien, la exigencia de respetar el cuerpo de las mujeres que presentan minoría de edad, o en aquellas mujeres que ya sea mayores de edad o menores, se encuentran en incapacidad de resistir la practica de la inseminación artificial.

C) REPROCHABILIDAD

Se considera que el autor al tener libre albedrío para conducirse como le parezca, y al hacer lo contrario a lo que la norma penal establece, le es imputable el juicio de reproche, por no ajustar su conducta conforme a la disposición normativa, actúa contrario a derecho.

Luego entonces, en lo que respecta al delito de inseminación artificial tipificado en el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal, le será imputado el juicio de reproche al sujeto activo que de manera libre y de acuerdo a su capacidad de entendimiento y raciocinio, insemina a las sujetos pasivo establecidas en el tipo penal, siendo una mujer mayor de edad sin su consentimiento, o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistir dicha conducta.

El juicio de reproche será aplicado al sujeto, tomando en cuenta las condiciones personales y circunstanciales en el que se veía envuelto y así estar en posibilidades de precisar el alcance de su libre albedrío y determinar si se pudo o no conducir conforme al sentido del deber.

D) MOTIVACIÓN

Este elemento de culpabilidad se dirige a determinar los factores y causas inmediatas que impulsaron y provocaron que la voluntad del sujeto activo se dirigiera a transgredir el deber de la norma, precisando el alcance de la finalidad propuesta al perpetrar el delito, pues con la motivación se logra apreciar la razón tomada en cuenta por el sujeto activo para que en ejercicio de su libre albedrío se condujera en contra del deber normativo, por ello, es elemento fundamental para determinar el grado de culpabilidad que se debe fincar en forma valorativa en contra del sujeto, determinando con ello, la duración de la punibilidad que debe sufrir al momento de individualizar la pena, bajo principios de culpabilidad, que

resultan del acontecimiento desarrollado por el sujeto para alcanzar el objetivo por él propuesto.

La motivación, tratándose del delito en estudio, está determinada por la finalidad señalada en la ley que persiga el sujeto al momento de inseminar artificialmente a una mujer mayor de dieciocho años sin su consentimiento o a una mujer menor de edad o a una incapaz de comprender o de resistir dicha conducta, pues tratándose del sujeto activo que mantenga una relación matrimonial, concubinato, o de pareja, con el sujeto pasivo.

Además, cabe la posibilidad que el sujeto sea pareja, concubino o cónyuge de la mujer inseminada, y que lo que lo motivo a llevar a cabo la practica de la inseminación artificial lo sea el de tener hijos para la formación de una familia, al respecto a ley punitiva en la materia en su artículo 153 señala:

“Cuando entre el activo y la pasivo exista relación de matrimonio, concubinato o relación de pareja, los delitos previstos en los artículos anteriores se perseguirán por querrela.”³⁶⁴

Se aprecia que en estos supuestos en donde existe una relación de matrimonio, concubinato o de pareja, se ha considerado que el delito sea perseguible por querrela de la parte ofendida.

Merece especial reflexión la disposición anteriormente transcrita, con la calidad exigida en el sujeto pasivo, en cuanto a que se refiere a una mujer incapaz de comprender la naturaleza de la inseminación artificial, pues si la mujer es inimputable, carente de capacidad de querer y entender, no tendría cavidad la existencia previa de un matrimonio, porque conforme a el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 156, y el 450 del mismo ordenamiento penal en su fracción II, establece como impedimento para contraer matrimonio la incapacidad

³⁶⁴ **Código Penal para el Distrito Federal.** *Op. cit.* pág. 39.

legal, siendo entre varias hipótesis la que interesa padecer una discapacidad intelectual, emocional o mental que le impida gobernarse por sí misma, obligarse o manifestar su voluntad, entonces esta inimputabilidad de la mujer es impedimento matrimonial con la que no se autoriza por la ley civil el matrimonio, a no ser, que se trate de una mujer previamente casada que le sobrevenga una inimputabilidad, pues a pesar de ello, consideramos nosotros que no le asiste al sujeto activo el beneficio de la persecución por querrela del delito de inseminación artificial, por el carácter inimputable en la que se colocó, por circunstancias ajenas a su propia voluntad la sujeto pasivo.³⁶⁵

No ocurre lo mismo tratándose de las menores de dieciocho años, a quienes se les insemine artificialmente con su consentimiento, pues conforme a la legislación civil la mujer mayor de dieciséis años adquiere la aptitud legal para contraer matrimonio contando para ello con la autorización de quienes ejercen sobre ella la patria potestad, pues con ella si puede existir el carácter matrimonial previamente.

De igual manera, no se presentara lo mismo tratándose del concubinato, cuando la mujer es menor de dieciocho años, puesto que en el concubinato sus miembros que deciden hacer vida en común, además de estar libres de matrimonio, no deben tener impedimento matrimonial para el mismo, en cambio una mujer menor de dieciocho años, sí tiene impedimento matrimonial derivado de su minoría de edad, por lo que, con la misma, no podría surgir el concubinato a no ser que se contara con la autorización expresa de quienes ejercen la patria potestad y dicha mujer fuera mayor de dieciséis años.

Hablando de la “relación de pareja”, que indica el mencionado artículo 153 del Código Penal para el Distrito Federal, bajo una interpretación contextual debemos entender la existencia de la pareja permanente que indica la ley de la materia, pues en tal caso, le resultan aplicables las disposiciones de “Ley de

³⁶⁵ **Código Civil para el Distrito Federal.** *Op. cit.* págs. 42 y 68.

Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal”, en donde en su artículo 2, establece que “la Sociedad en Convivencia es un acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua”; además en su artículo 3, indica que dicha sociedad surtirá efectos frente a terceros sólo cuando sea registrada ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político-Administrativo correspondiente. En su artículo 5 establece que la Sociedad de Convivencia se regirá, en lo que fuere aplicable, en los términos del concubinato y las relaciones jurídicas que se derivan de este último, se producirán entre los convivientes.

En cambio, cuando la motivación del sujeto no esté determinada por la relación que guarda con la sujeto pasivo, en los términos especificados en el precepto anterior, ningún beneficio la ley le otorga, persiguiéndose el delito de manera oficiosa, por lo que, se insiste, la motivación es determinante para especificar el grado de culpabilidad del sujeto.

3.5. PUNIBILIDAD

Como se ha dicho en capítulos anteriores, la punibilidad es la advertencia de privación de bienes jurídicos, formulada por el legislador, dirigida a todos aquéllos sujetos que lesionen o pongan en peligro el bien jurídico determinada en su magnitud, por la lesión del bien tutelado y en su duración por principios de culpabilidad.

Se debe distinguir la punibilidad de la punición, esta última es la concreta aplicación de la punibilidad formulada por el juzgador al momento de dictar sentencia condenatoria, en la que su duración se determina por los rangos de culpabilidad del sujeto.

También se debe distinguir de lo que es propiamente la pena, que consiste en la real y efectiva aflicción que sufre el sujeto derivado de la punición de su conducta y en base a la punibilidad prevista.

La punibilidad del delito en estudio lo encontramos en el primer párrafo del artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal, en donde indica que el sujeto activo que realice inseminación artificial en una mujer mayor de dieciocho años o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, la sanción aplicable será de tres a siete años de prisión.

Existiendo una agravante establecida en el mismo ordenamiento penal, artículo 150 segundo párrafo, consistente en que si existe violencia ya sea física o moral como medio comisivo del ilícito de inseminación artificial; o bien, a consecuencia de la inseminación artificial se da un embarazo, la sanción que se aplicará será de cinco a catorce años de prisión.

Por otro lado, la legislación penal del Distrito Federal en su artículo 152 ha considerado la posibilidad de que determinados sujetos sean responsables de la comisión del delito de inseminación artificial, y debido a la calidad específica que guardan el Estado ha considerado sancionarlos más severamente, tal y como lo dispone dicho numeral que a la letra señala:

“Artículo 152. Además de las penas previstas en el capítulo anterior, se impondrá suspensión para ejercer la profesión o, en caso de servidores públicos, inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, así como la destitución.”

Situación con la que estamos de acuerdo toda vez que existe la posibilidad de que un profesional que tenga conocimientos respecto a la manera de inseminar artificialmente, actúe dolosamente y por consiguiente colme los extremos que

exige el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal, ayudándose de los estudios que ha realizado. Lo mismo ocurre con un servidor público que en tal calidad actúe en contra de la sujeto pasivo.

Por otro lado, el Código Penal para el Distrito Federal, además de las sanciones mencionadas en el artículo 150 primer y segundo párrafo y artículo 152; en su artículo 155 establece la aplicabilidad de otra sanción en caso de que resulten hijos a consecuencia de la comisión del delito de inseminación artificial, al señalar:

“Artículo 155.- Si resultan hijos a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores, la reparación del daño comprenderá además, el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos de la legislación civil.”³⁶⁶

Remitiéndonos a la legislación civil, se tiene en primer lugar que en su artículo 308 establece que los alimentos comprenden: La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto. Tratándose de los menores los alimentos además comprenden gastos para su educación y para proporcionarles un oficio, arte o profesión. En caso de que la persona que tenga derecho a los alimentos padezca algún tipo de discapacidad o sean declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; hacemos un paréntesis para comentar que en ésta última hipótesis, se puede tener presente que en caso de que el niño que nazca producto de una inseminación artificial bajo alguno de estos supuestos de discapacidad, tendrá derecho a la atención requerida para lograr su habilitación o rehabilitación y desarrollo; mientras que no cabe la posibilidad que la madre tenga este tipo de apoyo, siendo que al tener una discapacidad es posible que sea porque ya la padecía antes de que se le practicara en ella una inseminación artificial, y no es producto de éste hecho

³⁶⁶ **Código Penal para el Distrito Federal.** *Op. cit.* pág. 6.

delictivo; o bien porque la obtuvo con posterioridad y sólo en caso de que se demuestre que fue a raíz de la conducta delictiva realizada en su persona, entonces deberá de pagarse éste tipo de alimentos.³⁶⁷

Continuando con los alimentos, la legislación civil en su artículo 308 también comprende el pago de todo lo necesario que garantice una calidad de vida en los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, situación que puede presentarse en la sujeto pasivo que es mayor de edad y no otorgó su consentimiento para la practica de la inseminación artificial; o bien, aunque siendo mayor de edad no tenía la capacidad de comprensión respecto a la actividad de la inseminación artificial o estaba en la imposibilidad de resistirlo y producto de ello resultó el embarazo.³⁶⁸

El legislador ha tenido a bien considerar el pago de alimentos a la mujer que sin desearlo o sin tener la capacidad para decidir, ha tenido un hijo producto de una actividad delictiva realizada en su persona, además del pago de alimentos al hijo concebido, protegiendo con esto su derecho a tener una vida digna y que sus gastos indispensables sean pagados.

Asimismo, debe considerarse el pago del daño moral y perjuicios ocasionados a la ofendida y al hijo producto del embarazo, esto a criterio del Juez que conozca del asunto y con fundamento los artículos 42 y 43 del Código Penal para el Distrito Federal.

3.6. TENTATIVA EN EL DELITO EN ESTUDIO

Como se ha expuesto en el Capítulo Segundo del presente trabajo, la tentativa debe entenderse como: la ejecución de actos realizados por un sujeto, con los cuales tiene la plena la intención de cometer un delito, sin embargo, el delito no llega a ser perpetrado por causas ajenas a la voluntad del agente.

³⁶⁷ Código Civil para el Distrito Federal. *Op. cit.* pág. 56.

³⁶⁸ *Idem.*

Si bien es cierto, el sujeto no consumo el delito que quería y esperaba, también lo es, que tenía la plena intención de llevar a cabo el ilícito, por tanto merece la aplicación de una sanción, pues al comenzar la ejecución, puso de manifiesto su voluntad criminal de trasgredir el bien jurídico protegido por la norma penal.

La doctrina ha considerado dos clases de tentativa llamadas tentativa acabada o delito frustrado, e inacabada.

“En la tentativa acabada el autor ha realizado todos los actos que se requieren para que el delito sea consumado, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad; mientras que en la inacabada, el sujeto no realiza todos los actos necesarios para la consumación del delito, pero de igual manera el resultado no es producido por causas ajenas a su voluntad.”³⁶⁹

La diferencia que existe entre estas clases de tentativa es la siguiente: en la tentativa acabada o delito frustrado el sujeto realiza todos los actos necesarios para ejecutar el delito, pero no consigue el efecto, ha realizado todo lo que creía necesario para conseguir el fin, no le queda nada más que hacer, y no logra el resultado típico, por una causa fortuita que no previo por causas ajenas a su voluntad. “El delito ha sido subjetivamente consumado, es decir, lo es con relación al hombre que lo comete, pero no lo es objetivamente, ello es, con relación al objeto contra el cual se dirigía y a la persona que hubiera perjudicado. En cambio, en la tentativa inacabada el sujeto no consigue el resultado típico ya que se interrumpe la realización de los actos ejecutivos correspondientes para conseguir el efecto esperado, pero esta interrupción proviene de circunstancias ajenas a su voluntad, porque si éste determina la interrupción por su propia voluntad, la realización de la conducta típica estaríamos frente al desistimiento voluntario.”³⁷⁰

³⁶⁹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General.** *Op. cit.* pág. 529.

³⁷⁰ CRUZ Y CRUZ, Elba. **Teoría de la Ley Penal y del Delito.** *Op. cit.* pág. 227.

Enseguida se realiza un análisis de las diversas hipótesis que se pueden verificar en torno al delito de inseminación artificial previsto en el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal, en donde se hace un razonamiento respecto a la existencia o inexistencia de la tentativa en cada una de ellas:

A) Cuando se lleve a cabo una inseminación artificial ya sea en una mayor de edad de la cual no hay consentimiento, en una menor de edad aún con su consentimiento o, en una incapaz para comprender el significado del hecho o, en una mujer incapaz para resistirlo; pero resulta que dicha inseminación artificial se practica con semen de un masculino que tiene la característica de ser estéril, es decir que tiene incapacidad de tener hijos por una anomalía física; o por lo que muy frecuentemente sucede, por una “espermatogénesis, que es la pérdida de transformación de las células germinales en espermatozoides.”³⁷¹

Al realizarse una inseminación artificial con éste tipo de semen, hay una imposibilidad para que los espermatozoides puedan lograr una fecundación, existe el semen con el cual se realiza la inseminación artificial, pero por una anomalía física o por la característica de no estar desarrollados los espermatozoides que contiene ese semen, nunca se podrá lograr que la sujeto pasivo quede encinta.

Razonando la hipótesis anterior, se tiene que desde el momento en que el sujeto activo tiene la voluntad de realizar una inseminación artificial, llevando a cabo todos los actos que la materializan entonces, efectivamente existe la conducta típica descrita en el tipo penal en estudio, aún cuando el agente realice una inseminación artificial con semen que desconoce proviene de una persona estéril y que en virtud de esto, no conseguirá nunca una fecundación en la sujeto pasivo, pero tiene firme intención de realizar la conducta delictiva; independientemente de que consiga o no un embarazo, la ley penal exige que sólo se lleve a cabo la inseminación artificial —en cualquiera de sus modalidades— para que exista el delito, ya que como se puede apreciar del propio texto del

³⁷¹ ALLER, Juan y Gustavo Pagés. **Infertilidad**. *Op. cit.* pág. 17.

artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal, el hecho de que resulte un embarazo solamente constituye un agravante que ha establecido el legislador en esta figura delictiva, aumentando hasta de cinco a catorce años la pena de prisión.

Por consiguiente, debe entenderse que desde el momento en que el sujeto activo realiza una inseminación artificial en una mujer mayor de edad de la cual no hay consentimiento, de una menor de edad de la cual puede haber o no consentimiento de su parte o, de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, propiamente ya existe la figura delictiva, independientemente de que exista o no una fecundación.

Al ser un delito de resultado formal, consistente en la introducción de semen en la sujeto pasivo, el delito se consuma en el momento en que se realiza la inseminación artificial, no interesando si producto de la actividad inseminatoria trae aparejado una alteración al objeto material, es decir el cuerpo sobre el que recae la conducta inseminatoria o resulta un embarazo, pues el tipo penal no exige resultado posterior alguno.

Se entiende además, que no hay cabida para que exista la tentativa en ésta hipótesis, ya que el legislador ha pensado en sancionar la conducta desplegada por el agente al realizar una inseminación artificial en las sujetos pasivo indicadas, aunque no logre propiamente el último fin de la inseminación artificial que es el que la mujer quede preñada, pero el activo sí lleva a cabo los actos que se requieren para que la inseminación artificial exista, independientemente de que el ovulo pueda o no ser fecundado, propiamente la inseminación artificial ya existe, por tanto el sujeto activo debe ser sancionado por su conducta constitutiva del delito de inseminación artificial, además de observarse que la inseminación artificial solamente puede realizarse de forma dolosa, nunca en forma culposa, porque el agente no puede realizar la conductas tendientes a la realización de una inseminación artificial, pensando que hay la posibilidad en que la inseminación artificial no se lleve a cabo, o bien, sabe que con su conducta se puede realizar

una inseminación artificial, confiando en que ésta no se producirá, resulta ilógico y sin posibilidad de que se realice una inseminación artificial de forma culposa.

Se puede presentar la tentativa en ésta hipótesis, solo cuando el sujeto activo realiza actos consumativos del delito de inseminación artificial, aún cuando el semen utilizado sea estéril, pero por causas ajenas a su voluntad no lleva a cabo dicho ilícito, como pudiera ser que la sujeto pasivo lo impida o bien alguna persona u otra causa externa no lo permita, hablando entonces del delito de inseminación artificial en grado de tentativa en su modalidad de inacabada.

B) Cuando se lleve a cabo una inseminación artificial en cualquiera de sus formas homóloga o heteróloga, en la sujeto pasivo ya sea mayor de edad de la cual no hay consentimiento, de una menor de edad con su consentimiento, o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo; con semen de un masculino al que le han realizado una vasectomía.

Entendiéndose por vasectomía como un “procedimiento quirúrgico de esterilización masculina que consiste en la extirpación bilateral de una porción del conducto deferente.”³⁷²

Es decir, se realiza una pequeña incisión en el escroto, por la cual “se extrae o expone una porción de cada conducto deferente que es uno por cada testículo extirpándose una pequeña sección de cada uno de ellos que miden aproximadamente cuarenta y cinco centímetros, y es donde se almacenan los espermatozoides por espacio de hasta varios meses, desplazándose desde este hasta la uretra durante la eyaculación, por lo que una vez extirpados se restituye los conductos que quedan y se sutura la piel, logrando que la formación de los espermatozoides continúe en los testículos, pero no llegan al exterior por el seccionamiento de los conductos deferentes.”³⁷³

³⁷² **Diccionario de Medicina Mosby.** Editorial Océano. España, 1994. pág. 1282.

³⁷³ TORTORA, J. Gerard y Noeholas P. Anagnostakos. **Principios de Anatomía y Fisiología.** *Op. cit.* pág. 924.

Se sabe que el semen obtenido de una persona a la que se le ha practicado la vasectomía es estéril al no conducir espermatozoides, y por consiguiente con incapacidad para lograr una fecundación, y entonces al realizar el sujeto activo una inseminación artificial de este tipo no logrará un embarazo, pero sí se dará el delito de inseminación artificial respecto a las sujetos pasivo referidas en el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal, independientemente de que el sujeto activo tenga o no conocimiento de que con el semen utilizado no logrará nunca que la sujeto pasivo quede encinta, y por tanto, a pesar de que sea inexistente la posibilidad de la fecundación existirá el delito, sin que pueda suceder que al llevar a cabo la inseminación artificial con semen proveniente de un sujeto que se le realizó la vasectomía sea un delito consumado en grado de tentativa, puesto que no cabe la menor duda de que el activo al realizar la conducta cumple con la descripción de la figura típica descrita en la ley, y por tanto habrá sanción como delito consumado, ya que al igual que la hipótesis anterior, con el hecho de realizar una inseminación artificial se produce el resultado formal consistente en la introducción del semen estéril en la sujeto pasivo a través de cualquiera de las técnicas de inseminación artificial, independientemente de que exista o no un embarazo.

Sólo existirá el delito de inseminación artificial en grado de tentativa cuando el sujeto activo realizó en parte los actos constitutivos de dicho ilícito, pero no pudo cumplir con su cometido en virtud de causas que no puede controlar por ser externas y ajenas a su voluntad, es una tentativa inacabada. Sin que pueda presentarse la tentativa acabada, porque ésta requiere la realización de todos los actos ejecutivos del delito de inseminación artificial, porque si fuera el caso de llevar a cabo todos los actos que llegan a constituir dicha inseminación artificial, entonces propiamente ya estamos hablando de que la inseminación ya está realizada, hay una puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado y por consiguiente el delito está consumado en su totalidad.

C) Cuando se lleve a cabo una inseminación artificial en cualquiera de sus formas homóloga o heteróloga, en la sujeto pasivo que se encuentre en estado de esterilidad, ya sea mayor de edad de la cual no hay consentimiento, de una menor de edad aún cuando otorgue su consentimiento, o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo.

Como se ha visto en el Capítulo Primero de la presente obra, la esterilidad en la mujer puede ser causada por diversos factores, entre ellos de carácter cervical es decir, que tenga alteraciones anatómica o funcionales que interfieran con el camino que sigue el espermatozoide desde la vagina (donde se deposita) hasta las trompas, donde se produce la fecundación con el óvulo; entre éstas alteraciones pueden mencionarse los quistes e incluso traumatismos ocasionados por cirugía.

Asimismo se tiene como causa de esterilidad las uterinas, es decir, malformaciones, tumores benignos, miomas; o bien, un factor endocrino ovárico en el útero, donde puede existir la falta de ovulación.

Otra forma de esterilidad en la mujer es “la ligadura de trompas de Falopio, mismas que se seccionan y enseguida se ligan, en virtud de ser el lugar habitual de la fecundación que comunica los ovarios con la matriz. Impide por tanto, el acceso del óvulo al interior del útero, y el de los espermatozoides al óvulo. Con la ligadura la mujer sigue liberando un óvulo en cada ciclo menstrual y esto continúa en forma normal hasta la menopausia. La menstruación no desaparece sin embargo, como las Trompas fueron bloqueadas o cortadas, el esperma y el óvulo no tienen contacto.”³⁷⁴

Al igual que las hipótesis anteriores, independientemente de que exista o no un embarazo, el sujeto activo realiza todos los actos tendientes a la consumación

³⁷⁴ **Wikipedia La Enciclopedia Libre.** Artículo: Ligadura de Trompas [en línea]. Fecha de actualización 20 de abril del año 2011. <http://es.wikipedia.org/wiki/Ligadura_de_trompas> Fecha de consulta 20 de abril del año 2011.

del delito y debe ser sancionado, sin que se presente la posibilidad que en éste tipo de conducta el sujeto activo lo realice en grado de tentativa al haber llevado a cabo todos los actos que se requieren para la consumación del delito, puesto que el sujeto quiere y acepta la realización de la inseminación artificial produciendo el resultado típico, y no por el hecho de que no que la pasivo no tenga posibilidad alguna de quedar encinta excluye el delito, ya que si la conducta desplegada da como resultado un embarazo, solamente se agrava el delito como se ha mencionado con anterioridad.

Se dará la tentativa inacabada una vez que el sujeto realice en parte los actos ejecutivos del delito pero se ve interrumpido por una causa ajena a su voluntad.

D) Cuando la inseminación artificial no se realiza en virtud de que el sujeto activo lleva a cabo parte de los actos consumativos de dicho delito, y por causas ajenas a su voluntad no se cumple, pero existe la puesta en peligro del bien jurídico tutelado, que es la libertad de autodeterminación de la mujer para su propia inseminación, tratándose de las mujeres mayores de edad; pues tratándose de las menores o de las que se encuentran en incapacidad de resistir o comprender la naturaleza de la inseminación artificial, se comprime el bien jurídico que es la seguridad de la mujer de no ser inseminada artificialmente mientras se encuentre imposibilitada para tomar decisiones libres, ya sea por su minoría de edad o bien porque no esté en aptitud de comprender o de resistir esa conducta consistente en la inseminación artificial; entonces hablamos que el delito de inseminación artificial puede ser realizado, según hemos explicado y de acuerdo a la doctrina, en grado de tentativa en su modalidad de inacabada, sólo se presentará la tentativa cuando realice actos encaminados a la consumación del delito pero se vio interrumpido por una causa externa.

Es decir, puede ocurrir que el sujeto activo realiza actos que verificaran la consumación del delito de inseminación artificial al encontrarse la sujeto pasivo

que requiere el tipo penal, ya sea mayor de edad de la cual no hay consentimiento; de una menor de edad incluso con su consentimiento, o de una incapaz para comprender el significado del hecho o, de una incapaz para resistir la actividad inseminatoria en su persona; además, ha preparado realizar la inseminación artificial, ya sea con o sin violencia; se ha hecho allegar de los medios necesarios para su consumación, consiguiendo el material como el catéter fino con el que introducirá el semen, ya sea en la vagina, en el cérvix, de forma intrauterina o incluso en las trompas de Falopio; ha conseguido el semen que utilizara ya sea de la pareja o de un donante, en general ha tenido la precaución de obtener el material e incluso el lugar adecuado para llevar a cabo la inseminación artificial; sin embargo, cuando está a punto de cumplir con su objetivo de inseminar a la pasivo, llega alguien que se lo impide, o bien incluso la misma pasivo logra evitarlo; entonces, se tiene que efectivamente el sujeto activo tenía el firme propósito de delinquir, pero por causas ajenas a su voluntad no lo pudo realizar a pesar de haber llevado a cabo actos necesarios para su consumación, sin que estuviera en posibilidad de realizar todos los actos que se requerían para cumplir con la inseminación artificial por la forma en que le interrumpen su objetivo, entonces aún así se da el delito de inseminación artificial en grado de tentativa en su modalidad de inacabada.

Considero que la tentativa acabada en éste tipo de delito no se puede vislumbrar, puesto que la tentativa acabada se presenta cuando el autor realiza todos los actos que se requieren para que el delito sea consumado, sin que se lleve a cabo por causas ajenas a su voluntad. Por consiguiente, en el delito en estudio si se verifica que el activo realiza todos los actos tendientes a la consumación del delito, entonces propiamente ya se estaría llevando a cabo la inseminación artificial, pues el hecho de realizar esos actos consistentes precisamente en planear el realizar la actividad delictiva, la preparación de los medios para la consecución del fin, y la ejecución de ese fin, entonces utilizando los medios o instrumentos seleccionados, realiza la introducción del semen por cualquier procedimiento en el aparato reproductor femenino, se entiende que

propriadamente el delito ya está consumado, sin olvidar que el sujeto activo buscara que con esa inseminación artificial la pasivo quede embarazada, pero suceda o no esta circunstancia, el legislador ha tenido a bien considerar la simple inseminación artificial como delito, independientemente de que el activo pueda lograr o no el embarazo buscado.

3.7. CONCURSO DE DELITOS EN LA FIGURA TÍPICA

A efecto de explicar el presente tema de concurso de delitos es importante recordar que dicha figura jurídica fue estudiada en el Capítulo Segundo del presente trabajo de investigación; en el concurso de delitos el sujeto activo lleva a cabo una acción con la cual se producen diversos delitos; es decir, "...consiste en la concurrencia de varios delitos cometidos por un mismo sujeto activo."³⁷⁵ Dándose, según la doctrina jurídica, dos tipos de concursos:

a) Concurso ideal o formal. En éste tipo de concurso, se presenta la realización de una sola conducta, la cual puede llevarse a cabo por uno o varios actos, lo que trae como consecuencia, la violación de varias disposiciones legales.

b) Concurso real o material. Habrá concurso real "...cuando con varias acciones se cometen varios delitos."³⁷⁶

En éste tipo de concurso de delitos, hay pluralidad de conductas o acciones y trae como consecuencia varios resultados delictivos. Cada conducta o acción va a constituir un delito particular e independiente; apreciándose que el mismo individuo es autor de distintos delitos, los cuales son diversos entre sí.

Tanto en el concurso ideal como el real, conllevan la producción de varios delitos, lo que los diferencia es el número de conductas realizadas para llegar a

³⁷⁵ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. **Curso de Derecho Penal. Parte General**. Segunda edición. Editorial Porrúa. México, 2001. pág. 427.

³⁷⁶ CRUZ Y CRUZ, Elba. **Teoría de la Ley Penal y del Delito**. *Op. cit.* pág. 245.

ese resultado, siendo que en el concurso ideal se habla de una sola conducta y en el real de varias conductas para la consecución del fin.

Asimismo, se habla que “el concurso de delitos tanto en su forma ideal o formal, puede ser a su vez homogéneo o heterogéneo, refiriéndose al primero de ellos a que se lesionan bienes jurídicos protegidos por el mismo tipo delictivo, y el segundo a que se lesiones distintos tipos delictivos.”³⁷⁷

El concurso ideal homogéneo, se presenta cuando el mismo tipo legal resulta aplicable varias veces a la misma acción, el sujeto activo con varias acciones realiza la pluralidad de bienes jurídicos afectados, respecto al mismo precepto legal. Existe un concurso ideal heterogéneo, cuando con una conducta se realizan varios delitos, es decir, cuando a la misma conducta se aplica distintas normas penales, hay pluralidad de bienes jurídicos afectados.

En atención a lo anterior y en particular al delito de inseminación artificial previsto por el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal, a continuación se mencionan las diversas hipótesis que dan lugar a la presencia de concurso de delitos:

A) Con el delito de peligro de contagio.- En la práctica de la inseminación artificial, puede ocurrir que el sujeto activo ponga en peligro a la pasivo de ser contagiada por alguna enfermedad, ya sea a consecuencia de la utilización de algún tipo de instrumento infectado o bien, porque la inseminación artificial homóloga o bien heteróloga, se realice con semen de una persona con que padece alguna de enfermedad de transmisión sexual.

Se entiende como contagiar el “comunicar o pegar una enfermedad contagiosa. Contagio (del latín *cum, con* y *tangere*, tocar) es la transmisión por

³⁷⁷ ORELLANA WIARCO, Alberto Octavio. Curso de Derecho Penal. *Op. cit.* pág. 430.

contacto inmediato o mediato de una enfermedad específica, desde el individuo enfermo al sano.”³⁷⁸

Puede ocurrir que al realizar la inseminación artificial se realice con un semen que se encuentra contagiado, ya sea que dicho semen sea de un tercero o bien del propio sujeto activo; o bien, que el instrumental que utilizara se encuentre contaminado, con lo cual pone en peligro la salud de la ofendida; al respecto nuestra legislación penal local prevé el delito de “peligro de contagio” en su artículo 159 al señalar:

“Al que sabiendo que padece una enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, siempre y cuando la víctima no tenga conocimiento de esa circunstancia, se le impondrán prisión de tres meses a tres años y de cincuenta a trescientos días multa.

Si la enfermedad padecida fuera incurable, se impondrán prisión de tres meses a diez años y de quinientos a dos mil días multa. Este delito se perseguirá por querrela de la víctima u ofendido.”³⁷⁹

Del texto del propio artículo, se desprende que hace referencia a cualquier enfermedad que sea grave y en periodo infectante, que la misma fuera transmitida mediante la práctica de relaciones sexuales o bien, de cualquier otro medio que lo ocasione; condicionando para que el tipo penal se presente que la víctima no debe tener conocimiento de la existencia de dicha enfermedad.

La Ley General de Salud en su artículo 134 establece diversas hipótesis respecto a las enfermedades consideradas como transmisibles, señalando en su fracción VII a la Sífilis, infecciones gonocócicas (gonorrea), y agregando “otras

³⁷⁸ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. X. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1959. pág. 307.

³⁷⁹ **Código Penal para el Distrito Federal**. *Op. cit.* pág. 40.

enfermedades de transmisión sexual”, mientras en su fracción XIII señala al síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA).³⁸⁰

“Las enfermedades de transmisión sexual que se consideran graves son: *la sífilis, la gonorrea, el Síndrome de inmunodeficiencia adquirida y la hepatitis B.*”³⁸¹

En general la propagación de las enfermedades de transmisión sexual se lleva a cabo por lo regular por el “suministro de un virus.”³⁸²

Entre los peligros de las infecciones de éste tipo se encuentran “la obstrucción de las trompas de Falopio, que provocan esterilidad, los peligrosos embarazos extrauterinos, el cáncer de útero, los abortos, las anomalías congénitas y la ceguera del recién nacido.”³⁸³

LA SIFILIS, “afecta a todo tipo de personas, desde los recién nacidos a los ancianos, y puede dañar cualquier órgano del cuerpo; afecta a los recién nacidos en virtud de la infección que se da de la madre al feto dentro del útero, denominada sífilis congénita.”³⁸⁴

“Los niños adquieren esta enfermedad en el útero, aunque el recién nacido puede infectarse por contacto con lesiones genitales durante el parto. La tasa de transmisión de madre a hijo depende del cuidado médico de la futura madre. Se infectan entre el 60 y el 100% de los niños que son engendrados por las madres tratadas y en cambio, sólo el 1-2% se contagia si las madres infectadas están sometidas a tratamiento durante el periodo de gestación. La probabilidad de que el niño nazca muerto es de 30%, y en el caso de que sobreviva tiene 40% de

³⁸⁰ Instituto de Investigaciones Jurídicas. **Legislación Federal.** [en línea]. <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/176.htm?s=>> Fecha de consulta 28 de septiembre del 2011.

³⁸¹ LÓPEZ GARCÍA, María Luisa. **Educación Afectivo-Sexual. Planteamiento integrado e interdisciplinar y veinte unidades didácticas. 1. Orientaciones básicas para el profesorado.** Editorial Narcea, S.A. de ediciones. Madrid, España, 1995. pág. 134.

³⁸² SILVA SILVA, Hernán. **Medicina Legal y Psiquiatría Forense. Medicina Legal.** Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1991. pág. 247.

³⁸³ L. INGRAHAM, John y Catherine A. Ingraham. **Introducción a la Microbiología.** Editorial Reverté, S.A. España, 1998. pág. 593.

³⁸⁴ LÓPEZ GARCÍA, María Luisa. *Op. cit.* pág. 134.

probabilidad de sufrir retardo mental. En la transmisión surgida durante el embarazo, los síntomas no se evidencian en los que cuentan con edad menor a tres meses, pero pasado este tiempo empiezan a sufrir rinitis persistente, y a los ocho meses se desarrollan lesiones en los huesos. Los sífilíticos adolescentes infectados por sus madres presentan también mal desarrollo de los huesos y de la nariz, tienen paladar hendido, deformación del tabique nasal, retardo mental y eventualmente mueren. Sin embargo, el conjunto de síntomas más claro de la sífilis congénita se conoce con el nombre de “tríada de Hutchinson”, que se caracteriza por dientes aserrados o en forma de clavija, desórdenes ópticos con mancha de color salmón en el ojo y sordera.”³⁸⁵

En general, la sífilis es un síndrome que se caracteriza por la aparición progresiva, a lo largo de varios años de una serie de manifestaciones y síntomas clínicos característicos. “Se distinguen cuatro etapas en la evolución de la enfermedad denominados: la etapa primaria, la secundaria, el periodo de latencia y la etapa terciaria. No en todos los casos se alcanza la etapa terciaria, y la evolución de la enfermedad puede interrumpirse en cualquiera de las tres primeras etapas si se administra penicilina u otro antibiótico adecuado. Se transmite a través de un microorganismo denominado *T. pallidum*, la transmisión es de forma directa y generalmente a través del contacto sexual.”³⁸⁶

La sífilis primaria “se manifiesta tras un período de incubación que varía desde unas pocas semanas a un mes, consiste en la aparición de un chancro, es decir, una lesión ulcerada de bordes elevados que se presenta en el lugar de entrada del microorganismo. Se puede establecer la presencia de ésta enfermedad realizando análisis clínicos del líquido que se encuentra en el centro del chancro, o mediante una serología que resulte positiva. El chancro que aparece en el varón es muy evidente, por lo cual el sujeto puede percatarse de

³⁸⁵ VOLCY, Charles. **Lo malo y lo feo de los microbios**. Editorial Unibiblos. Colombia, 2004. págs. 163 y 166.

³⁸⁶ L. INGRAHAM, John y Catherine A. Ingraham. **Introducción a la Microbiología**. *Op. cit.* pág. 600.

dicha situación fácilmente, lo que no ocurre en la mujer, ya que la lesión suele presentarse en el cérvix o en el interior de la vagina.”³⁸⁷

La sífilis secundaria, “suele comenzar a las seis u ocho semanas de haber aparecido el chancro, y las manifestaciones y síntomas clínicos que se producen en esta etapa afectan a la piel y a las mucosas. Sin embargo, el hecho de que las lesiones cutáneas de esta etapa sean enormemente variables hace que el diagnóstico clínico sea una tarea difícil. Al mismo tiempo, las espiroquetas que se encuentran en las lesiones cutáneas y el contacto con las lesiones presentes en las mucosas, facilitan la propagación de la sífilis. Entre los síntomas sistemáticos se encuentran el cansancio, la fiebre y la inflamación de los ganglios linfáticos. Las bacterias se diseminan por todo el cuerpo y causan la destrucción de los capilares, por lo que aparece un exantema.”³⁸⁸

“La fase de latencia, es la tercera fase, es un periodo en el cual en la enfermedad existe la posibilidad de que vuelvan a aparecer los síntomas de la fase secundaria o no existen síntomas de la enfermedad. Esta fase presenta dos subfases: La primera se denomina fase de latencia precoz y se produce en una cuarta parte de los pacientes que no han sido curados en la fase secundaria. Aparece al cabo de unos cuatro años del contagio inicial. Durante este periodo los enfermos presenten o no síntomas, tienen la posibilidad de contagiar a otras personas sanas. La segunda subfase de latencia se denomina fase de latencia tardía y se presente entre los cuatro y los ocho años después de producirse el contagio. Durante este periodo desaparecen los síntomas aunque la enfermedad continúa su evolución. La latencia tardía puede curarse espontáneamente o continuar evolucionando hasta la tercera etapa.”³⁸⁹

“La sífilis terciaria, es la etapa más avanzada de ésta enfermedad y se presenta entre los 2 y 20 años o más después de la aparición del chancro sifilítico.

³⁸⁷ L. INGRAHAM, John y Catherine A. Ingraham. **Introducción a la Microbiología**. *Op. cit.* pág. 600.

³⁸⁸ *Idem.*

³⁸⁹ SILVA SILVA, Hernán. **Medicina Legal y Psiquiatría Forense**. *Op. cit.* pág. 256.

No hay grave peligro de contagio, pero su tratamiento y recuperación son difíciles y largos. El organismo en general está atacado por la espiroqueta. Existiendo problemas y trastornos nerviosos cardíacos.”³⁹⁰

TRATAMIENTO.- La penicilina es el fármaco para el tratamiento de la sífilis. Se utilizan otros fármacos en caso de que el paciente sea alérgico a éste antibiótico. Mujeres no embarazadas se pueden tratar con un medicamento denominado doxiciclina. Cuando la sífilis coexiste con infección por VIH aumenta el riesgo de complicaciones neurológicas y resultan más frecuentes los fracasos terapéuticos, recomendando los expertos tres dosis semanales de penicilina G benzatina.³⁹¹

LA GONORREA, “es una enfermedad de transmisión sexual de las más comunes, se produce a través de bacterias que pueden ser localizadas en el aparato genital masculino, en el femenino, el ojo, la garganta y el recto, y también están presentes en el esperma, que puede transportar el patógeno hasta el útero y las trompas de Falopio. Es más evidente y más fácil de diagnosticar en el varón que en la mujer. La mayoría de los varones con gonorrea expulsan una secreción purulenta por la uretra; mientras que la mujer puede no manifestar síntomas de estar infectada, por lo que es necesario realizar una exploración en la pelvis y llevar a cabo un cultivo de la muestra tomada para que se pueda establecer un diagnóstico. Actualmente el antibiótico se ha vuelto ineficaz en algunas cepas de ésta enfermedad, por lo que se ha procedido a la producción de nuevos fármacos para el tratamiento de las infecciones.”³⁹²

“En la mujer y el hombre que padecen de gonorrea y no la tratan, puede traer como consecuencia una infección sistémica grave. Sus complicaciones llegan a afectar las articulaciones, el corazón (endocarditis gonocócica), las meninges (meningitis gonocócica), los ojos, la faringe u otras partes del cuerpo.

³⁹⁰ SILVA SILVA, Hernán. **Medicina Legal y Psiquiatría Forense**. *Op. cit.* pág. 256.

³⁹¹ BERHAM, Richard E, *et al.* Nelson. **Tratado de Pediatría**. Decimoséptima edición. Editorial Elsevier. España, 2004. pág. 982.

³⁹² L. INGRAHAM, John y Catherine A. Ingraham. **Introducción a la Microbiología**. *Op. cit.* págs. 594-596.

La artritis gonocócica causada por el crecimiento del gonococo en el líquido articular, se observa en el cerca del 1% de los casos de gonorrea. Las articulaciones que resultan afectadas con más frecuencia son en las muñecas, las rodillas y los tobillos.”³⁹³

“Cuando la madre padece gonorrea, puede ocasionar que el recién nacido resulte infectado de sus ojos al pasar por el canal del parto, se conoce a ésta infección como oftalmía neonatal, que puede conducir a la ceguera, por lo cual la madre debe ser tratada con antibióticos y si al nacer se sabe que la madre padece de gonorrea, el niño también le es proporcionado dosis de antibióticos.”³⁹⁴

“La oftalmía neonatal suele aparecer de uno a cuatro días después del parto, comienza con una inflamación moderada y una secreción serosanguinolenta. En veinticuatro horas la secreción es purulenta y espesa y se produce edema doloroso de los párpados con quemosis importante. Si no se instaura un tratamiento precoz, puede haber ulceración con perforación corneal, razón por la cual lleva a la ceguera del menor.”³⁹⁵

TRATAMIENTO.- “En la mayoría de los casos la erradicación de la enfermedad se realiza con una inyección de ceftriaxona, o bien en su forma oral; la ceftriaxona tiene un valor aproximado de ochenta dólares.”³⁹⁶

“En caso de que los niños no toleren el medicamento se puede optar por el denominado espectinomina.”³⁹⁷

EL SIDA, significa Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, es decir que “hay un conjunto de síntomas relacionados con el sistema de defensas del cuerpo humano, que no funcionan correctamente. Es una enfermedad infecciosa causada

³⁹³ TORTORA, J. Gerard. Introducción a la Microbiología. Novena edición. Editorial Medica Panamericana. Argentina, 2007. pág. 791.

³⁹⁴ *Idem*.

³⁹⁵ BERHAM, Richard E, *et al.* Nelson. Tratado de Pediatría. *Op. cit.* pág. 982.

³⁹⁶ L. INGRAHAM, John y Catherine A. Ingraham. Introducción a la Microbiología. *Op. cit.* págs. 594-596.

³⁹⁷ BERHAM, Richard E, *et al.* Nelson. *Op. cit.* . pág. 902.

por un virus denominado Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH o HIV) o virus del SIDA. Una enfermedad infecciosa es aquella que es causada por un germen y que puede transmitirse de una persona a otra. Un virus es una pequeña partícula infecciosa que sólo puede vivir como parásito de las células del organismo, donde se multiplica. Fuera de las células sobrevive con dificultad y durante poco tiempo. El HIV tiene la particularidad de atacar a los linfocitos que son los directores del sistema de defensa humana. Inicialmente el HIV permanece en estado latente, es decir, "dormido" dentro de los linfocitos. En algunos casos, al cabo de un tiempo, a menudo años y por causas aún no bien determinadas, el virus se activa, es decir, se "despierta" y comienza a destruir los linfocitos. De esta forma, el HIV debilita progresivamente el sistema inmune, logrando que el organismo no pueda luchar adecuadamente contra diversos gérmenes. El hecho de que una persona esté infectada por el HIV, es decir, que sea portadora del virus, no quiere decir que tenga o vaya a tener SIDA, pero sí indica que puede transmitir la infección a otras personas, misma transmisión que puede llevarse a cabo a través de la sangre, como lo es el intercambio de agujas y jeringas y/o cualquier elemento punzante o bien la transfusión de sangre; durante el embarazo y el parto; a través de relaciones sexuales."³⁹⁸

La infección por VIH “progresa con más rapidez en los pacientes pediátricos que en los adultos, y algunos niños sin tratamiento fallecen en los dos primeros años de vida. El mecanismo de transmisión durante el embarazo de madre a hijo parece ser la exposición a sangre infectada y a secreciones cervicovaginales en el canal del parto.”³⁹⁹

TRATAMIENTO.- “El tratamiento disponible no erradica el virus ni cura al paciente; sólo suprime el virus durante períodos prolongados y transforma el curso de la enfermedad en un proceso crónico. Las decisiones sobre una posible terapia antirretroviral para pacientes pediátricos con VIH se basan en la magnitud de la carga viral, el recuento o porcentaje de linfocitos CD4 y la situación clínica.

³⁹⁸ LÓPEZ GARCÍA, María Luisa. **Educación Afectivo-Sexual**. *Op. cit.* págs. 136-138.

³⁹⁹ BERHAM, Richard E, *et al.* Nelson. **Tratado de Pediatría**. *Op. cit.* pág. 1111.

Se utilizan tres o más fármacos; monitorización de la carga viral en plasma y la medición de los valores de células CD4 han hecho posible la aplicación de estrategias terapéuticas racionales para la supresión vírica, y también la evaluación de la eficacia de una combinación farmacológica particular. Se toman en cuenta ciertos principios para verificar el tratamiento antirretroviral que se seguirá y son los siguientes: 1) la multiplicación ininterrumpida del VIH causa una destrucción del sistema inmunitario y una progresión hasta el SIDA; 2) la magnitud de la carga viral predice la tasa de progresión de la enfermedad, y el recuento de células CD4 refleja el riesgo de infecciones oportunistas y de complicaciones de la infección por VIH; 3) el tratamiento combinado potente que suprime la replicación del VIH hasta un nivel no detectable restringe la selección de de mutantes resistentes a los antirretrovirales; las cepas resistentes a los fármacos son el principal factor que limita el éxito de la supresión vírica y el retraso en la progresión de la enfermedad; 4) el objetivo de una supresión sostenida de la multiplicación del VIH se consigue mejor mediante iniciación simultánea de varios fármacos antirretrovirales a los que el paciente no haya sido expuesto antes y que no exhiban resistencia cruzada con los medicamentos administrados previamente al paciente; 5) es crucial para el éxito del tratamiento que el paciente cumpla rigurosamente con los regímenes farmacológicos prescritos.”⁴⁰⁰

LA HEPATITIS B, en general la hepatitis “es una enfermedad del hígado que puede ser causada por toxinas, por ciertos medicamentos, por el abuso del alcohol y por infecciones virales. La hepatitis viral, es causada por varios virus, cada uno de ellos es nombrado usando las letras del alfabeto A, B y C, pero existiendo diferencias entre ellos, presentando en particular infección e inflamación del hígado.”⁴⁰¹

Se tiene que la hepatitis B, “se transmite de persona a persona a través de la sangre o de los líquidos corporales, incluyendo la transmisión sexual

⁴⁰⁰ BERHAM, Richard E, *et al.* Nelson. **Tratado de Pediatría**. *Op. cit.* pág. 1118.

⁴⁰¹ Infogen. Artículo.- **Infórmate para que tu hijo nazca sano**. [en línea]. 16 de junio del 2011. <http://www.infogen.org.mx/Infogen1/servlet/CtrlVerArt?clvart=11052>. Fecha de consulta 16 de junio del 2011.

(responsable al menos del cincuenta por ciento de los casos), compartir agujas infectadas (drogadicción, tatuaje, o *piercing* sin la esterilización adecuada), o sangre infectada. El tiempo entre la exposición a la hepatitis B y la aparición de los síntomas varía; el período de incubación medio es de doce semanas, pero puede oscilar entre cuatro semanas y seis meses. Entre el cinco y el diez por ciento de los casos se convierten en infecciones persistentes. Los efectos a largo plazo de la infección son la cirrosis y el cáncer de hígado.”⁴⁰²

“Cuando se inicia el contagio del virus de la hepatitis B se habla de una infección de hepatitis aguda, que puede durar desde tres a seis meses. Durante este periodo hay la posibilidad de contagiar a otras personas. El 90% de las personas se recuperan a medida que su cuerpo va creando anticuerpos contra la enfermedad. Estas personas no desarrollan la forma crónica de la hepatitis. Si tuvieron síntomas, éstos irán desapareciendo y generalmente no presentarán daños permanentes en el hígado causados por la enfermedad.”⁴⁰³

“La hepatitis B crónica se presenta cuando el cuerpo no es capaz de eliminar el virus y se convierte en un portador crónico incluso de por vida. El tiempo que transcurre entre una hepatitis B aguda y la aparición de una hepatitis B crónica varía en cada persona. La hepatitis crónica puede estar presente durante un tiempo o puede ser para toda la vida. El riesgo de llegar a infectarse de manera crónica depende de la edad de la persona en el momento de la infección. La mayoría de los recién nacidos y alrededor del 50% de los niños infectados con hepatitis B desarrollan hepatitis crónica. El tratamiento dependerá de lo que el médico en particular decida, siendo básico los antibióticos y teniendo en observación al paciente.”⁴⁰⁴

⁴⁰² S. RICHARDSON, Michael. Enciclopedia de la Salud. ¿Qué debemos hacer para disfrutar de una buena salud? Editorial Amat. Barcelona, España, 2004. pág. 239.

⁴⁰³ Infogen. Artículo.- Infórmate para que tu hijo nazca sano. *Op. cit.* [en línea]. Fecha de consulta 16 de junio del 2011.

⁴⁰⁴ *Idem.*

Entonces, retomando el tema del delito de peligro de contagio, se tiene que cualquier enfermedad de transmisión sexual considerada como grave y expuestas con antelación, se pueden contagiar a la sujeto pasivo al realizar en ella una inseminación artificial, ya que a pesar de que no existe la cópula, lo que si existe es el contacto del semen que se utilizara para llevar a cabo la inseminación artificial, con el aparato sexual de la sujeto pasivo, pero como se ha indicado, deberá la pasivo ser contagiada con semen que proviene del activo para que se presente el concurso de delitos de inseminación artificial y el de peligro de contagio.

Analizando lo anterior, se cuenta en primer lugar con el precepto legal invocado en el que se requiere que el sujeto activo del delito de peligro de contagio tenga conocimiento de que padece una enfermedad grave en período infectante, y que la misma pone en peligro la salud de otro para que dé lugar al delito de peligro de contagio, independientemente de que exista o no la transmisión de la enfermedad, por el simple hecho de importar peligro en la salud de la ofendida se tipifica la conducta del agente.

Entonces, si mediante la comisión del delito de inseminación artificial, el activo hace uso de un semen que no es el propio, no será sancionado por este delito de peligro de contagio, ya que el mismo mandato legal, solo exige que el activo sea quien padezca la enfermedad, y como se ha visto, la inseminación artificial puede llevarse a cabo no solamente con semen del activo sino de cualquier otra persona; entonces independientemente de que el activo sepa que el semen que es de un tercero se encuentra infectado, dicha conducta no se encuentra tipificada como delito en nuestra legislación penal.

No es posible que se presente el concurso de delitos de inseminación artificial y el delito de peligro de contagio cuando se trate de semen diverso al del sujeto activo, exclusivamente existirá el concurso de estos delitos cuando el sujeto activo utiliza semen propio y sabe que el mismo se encuentra infectado debido al

padecimiento o enfermedad con que cuenta, considerándose que sabe ésta circunstancia porque presenta síntomas o bien, porque incluso está siendo tratado medicamente.

Además, al realizar una inseminación artificial, ésta se consuma como un medio de reproducción asistida es decir, nunca existirá la cópula para llevarla a cabo, sino por el contrario, el activo se ayudará de instrumentos que le permitan realizar una fecundación, que al fin y al cabo es el objetivo de toda inseminación artificial; por lo cual en la figura jurídica del concurso de delitos de la inseminación artificial con el delito de peligro de contagio, nunca podrá configurarse mediante relaciones sexuales, solamente con la introducción del semen infectado que deberá ser del sujeto activo, el cual a su vez deberá tener conocimiento de esta situación, exigiendo además el tipo penal de peligro de contagio que la víctima no sepa que dicho semen se encuentra infectado, por lo cual el delito de peligro de contagio siempre se realizara de manera dolosa, ya que el activo tiene conocimiento del periodo infectante de la enfermedad que padece.

No existe una terminología precisa para indicar cuando una enfermedad es o no grave, pudiera concluirse que la enfermedad grave es aquella que se encuentre muy avanzada y afecte con suma repercusión la salud, o bien, que ponga en peligro la vida de la persona que lo sufre; por lo cual no se puede determinar con exactitud lo que el legislador quiso establecer al referir que la enfermedad debería ser grave para que se diera el tipo penal de peligro de contagio, lo cual se debe subsanar especificando en el mismo tipo penal a qué tipo de enfermedades se refiere y verificar con los adelantos científicos que enfermedades son consideradas como graves, ya que es muy posible que al momento de legislar determinadas enfermedades eran consideradas como graves y ahora no lo son.

Lo que se puede concluir es que sí existen múltiples enfermedades de transmisión sexual y que tienen un periodo infectante que ya han sido expuestas,

siendo “*la sífilis, la gonorrea, el Síndrome de inmunodeficiencia adquirida y la hepatitis B.*”⁴⁰⁵

Resulta importante puntualizar que una vez que existe la transmisión de una enfermedad venérea, se causa un daño en el cuerpo de la pasivo, se da una alteración de carácter física en la salud de la ofendida y por consiguiente será encuadrable el delito de lesiones tipificado en el artículo 130 del Código Penal para el Distrito Federal que señala:

“Al que cause a otro un daño o alteración en su salud, se le impondrán...”⁴⁰⁶

Se da el concurso de delitos de inseminación artificial con el de peligro de contagio y en caso de que llegue a transmitirse alguna enfermedad de las indicadas se cumplen los extremos del delito de lesiones, ya que existe un daño causado a la salud de las personas debido a la introducción de medios virulentos.

Existe entonces un concurso de delitos en el delito de inseminación artificial, el delito de peligro de contagio y el de lesiones, es un concurso de delitos ideal heterogéneo.

Puede ocurrir que a consecuencia del ilícito de inseminación artificial se transmite una enfermedad no considerada como grave según lo requiere el tipo penal de peligro de contagio, existiendo de cualquier forma una alteración física en la salud de la sujeto pasivo, en consecuencia estamos en presencia del concurso de delitos de inseminación artificial y el de lesiones.

Por otro lado, se considera que para subsanar la situación en la que al realizar una inseminación artificial en cualquiera de las sujeto pasivo, se le provoca una transmisión de las enfermedades señaladas anteriormente como son

⁴⁰⁵ LÓPEZ GARCÍA, María Luisa. **Educación Afectivo-Sexual.** *Op. cit.* pág. 134.

⁴⁰⁶ **Código Penal para el Distrito Federal.** *Op. cit.* pág. 130.

sífilis, la gonorrea, el Síndrome de inmunodeficiencia adquirida y la hepatitis B o bien, cualquier otra que ponga en peligro su vida, ya sea por la utilización de algún instrumento que contenga dicha enfermedad o bien porque se utilizó semen del propio sujeto activo o de un tercero sabiendo el peligro que esto implica, y no solamente eso, sino que el contagio se provoque en el hijo o hijos producto de esa inseminación artificial, situación que sería por más desastrosa debido a las implicaciones que esto conlleva en el recién nacido como pudiera ser la ceguera o enfermedades congénitas, u otra afectación igual de grave en la salud, se propone que dentro del mismo artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal, en un segundo párrafo se considere como otro agravante el hecho de que el sujeto activo al realizar la inseminación artificial “contagie” a la sujeto pasivo o bien al hijo o hijos producto de esta práctica.

A las agravantes de violencia y ante la presencia de un embarazo, se considerara al “contagio” como un agravante más, aumentándose la pena de prisión, para quedar como sigue:

“Artículo 150. A quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, se le impondrán de tres a siete años de prisión.

Si a consecuencia de la inseminación artificial existe contagio de algún tipo de enfermedad de transmisión sexual, ya sea en la ofendida o en el hijo o hijos producto de dicha actividad, además de la pena señalada en el párrafo anterior, se aplicará pena de prisión de uno a cuatro años cuando la transmisión se trate de alguna enfermedad grave en periodo infectante y, de dos a diez años de prisión en caso de que la enfermedad sea incurable; en ambos casos se deberá cumplir con el pago de tratamiento médico indispensable que se requiera.

Si la inseminación se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, se impondrá de cinco a catorce años de prisión.”

Es necesaria y justa dicha sanción toda vez que el sujeto activo sabe que con el instrumental y con el semen utilizado para inseminar artificialmente a la ofendida puede contener algún tipo de virus con el que se realice contagio de cualquiera de las enfermedades de transmisión sexual señaladas; además, se vislumbra de antemano que al utilizar el semen que será depositado en el aparato reproductor de la mujer existe de manera latente el riesgo de que se produzca algún tipo de contagio en la mujer ofendida o bien, en el futuro hijo de ésta; máxime si el semen que se utiliza es el propio, ya que de igual forma existe el riesgo de la transmisión de alguna enfermedad sexual por las repercusiones que conlleva un método de reproducción asistida de esta naturaleza, más aún si el sujeto presenta algún síntoma o está siendo atendido medicamente debido a esa circunstancia.

Resultaría contrario a lo que la sociedad necesita el hecho de que además de que se afecta el bien jurídico tutelado en la sujeto pasivo, existe repercusión en su salud y más aún en la vida de un nuevo ser, siendo que nuestra Carta Magna de manera implícita protege el derecho a la vida en su artículo 1º, así como en todas las demás normas que establecen los derechos fundamentales del ser humano, en tanto que todos ellos son interdependientes y se complementan entre sí, puesto que la vida hace posible la existencia y el disfrute de los demás derechos fundamentales; estipulando el artículo 1º entre otras cosas que todos los individuos gozarán de las garantías que otorga la Constitución, las cuales no pueden restringirse ni suspenderse, sino en los precisos casos que ella misma establece. Estando protegido el derecho a la salud de la ofendida y del hijo producto de esa inseminación artificial por el artículo 4º constitucional.⁴⁰⁷

Por lo anterior se refuerza la propuesta de que el sujeto activo del delito de inseminación artificial debe ser sancionado al desplegar una conducta que se ve a todas luces puede prevenir, conocer, procesar en su mente que traerá como repercusión algún tipo de enfermedad a la ofendida o bien al hijo producto de la

⁴⁰⁷ **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.** *Op. cit.* págs. 1 y 8.

concepción en caso de que la inseminación artificial diera por resultado el embarazo deseado, independientemente de la procedencia del semen o del instrumental que para ese efecto utilizará.

Por otro lado, una vez que se ha realizado el análisis respecto al concurso de delitos de la inseminación artificial con el delito de lesiones, y el de peligro de contagio, cabe indicar que en el delito de inseminación artificial no hay cabida para que exista concurso de delitos con el *delito de violación*, ni tampoco con el delito de *abuso sexual*, lo anterior en virtud de las consideraciones siguientes:

En primer término cabe indicar que el delito de violación se encuentra tipificado en el artículo 174 del Código Penal para el Distrito Federal y que señala:

“Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de seis a diecisiete años.

Se entiende por cópula, la introducción del pene en el cuerpo humano por vía vaginal, anal o bucal.

Se sancionará con la misma pena antes señalada, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo humano, distinto al pene, por medio de la violencia física o moral.

Si entre el activo y el pasivo de la violación existiera un vínculo matrimonial, de concubinato o de pareja, se impondrá la pena prevista en este artículo, en estos casos el delito se perseguirá por querrela.”⁴⁰⁸

En ese orden de ideas, se sabe que una de las formas en que se comete el delito de violación es a través de la realización de cópula con persona de cualquier sexo, con la aplicación de la violencia física o bien moral en la víctima, situación que no se presenta en el delito de inseminación artificial, ya que como se ha

⁴⁰⁸ **Código Penal para el Distrito Federal.** *Op. cit.* pág. 45.

indicado, no es posible que la inseminación artificial se lleve a cabo por medios naturales, es decir a través de la introducción del miembro viril en la vagina de la mujer, sino que al contrario, el semen se introduce de manera artificiosa para llegar al aparato reproductor femenino, en sus variantes intravaginal, intracervical, intrauterina o bien intratubárica.

Por lo que hace al tercer párrafo del numeral referido en donde señala “al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo humano, distinto al pene, por medio de la violencia física o moral,” a pesar de que la inseminación artificial requiere la introducción de un catéter que contenga los espermatozoides que habrán de ser depositados en la vagina, en la cavidad cervical, en el útero o bien en las trompas de Falopio; incluso en algunas técnicas se requiere el apoyo de algún instrumento como lo es un espéculo o algún otro que permita abrir la cavidad vaginal, se concluye que no existirá delito de violación, toda vez que en el activo no existe la intención lasciva de satisfacer sus instintos sexuales, sólo tiene voluntad de realizar la acción final de inseminar artificialmente utilizando los mecanismos y métodos necesarios para conseguir el fin y no así de que al realizar la inseminación satisfaga algún deseo de tipo carnal. La misma conclusión se tiene en cuanto a la violación equiparada que se encuentra de manifiesto en el artículo 175 del mismo ordenamiento penal que se estudia, al señalar textualmente:

“Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena, al que:

(...)

II. Introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo humano distinto del pene en una persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo...⁴⁰⁹

⁴⁰⁹ Código Penal para el Distrito Federal. *Op. cit.* pág. 45.

Con el delito de abuso sexual nos conducimos en el mismo sentido, procediendo en primer lugar a exponer lo que indica Código Penal para el Distrito Federal en sus artículos 176 y 177:

“ARTÍCULO 176.- Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutarlo, se le impondrá de uno a seis años de prisión.

Si se hiciera uso de violencia física o moral, la pena prevista se aumentará en una mitad.

Este delito se perseguirá por querrela, salvo que concurra violencia...”⁴¹⁰

“ARTÍCULO 177.- Al que sin el propósito de llegar a la cópula ejecute un acto sexual en una persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa

no pueda resistirlo, o la obligue a observar o ejecutar dicho acto, se le impondrá de dos a siete años de prisión.

Si se hiciera uso de violencia física o moral, la pena prevista se aumentará en una mitad.”⁴¹¹

Se puede precisar la no existencia del concurso de delitos de abuso sexual y del delito de inseminación artificial no consentida, lo anterior en virtud de que el sujeto activo del delito de inseminación artificial realiza diversas maniobras para la consumación de la inseminación artificial, y por consiguiente siente o toca los genitales de la pasivo, situación que no puede considerarse como abuso sexual, toda vez que el tipo penal requiere que dichos tocamientos sean de carácter sexual, y el agente sólo buscaba lograr una inseminación artificial, por consiguiente no tiene ningún propósito de carácter lascivo y no puede considerarse la presencia del delito de abuso sexual.

⁴¹⁰ **Código Penal para el Distrito Federal.** *Op. cit.* pág. 45.

⁴¹¹ *Idem.*

Atendiendo al anterior razonamiento, se procede a citar la siguiente tesis jurisprudencial:⁴¹²

ABUSO SEXUAL. ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACIÓN.- Debe señalarse que en el caso del delito de abuso sexual, la expresión acto sexual debe entenderse como cualquier acción dolosa con sentido lascivo que se ejerza en el sujeto pasivo, sin su consentimiento, el cual podría ser desde un roce, frotamiento o caricia, pues el elemento principal que se debe valorar para considerar que se actualiza el delito en mención, es precisamente la acción dolosa con sentido lascivo que se le imputa al sujeto activo, de tal manera que un roce o frotamiento incidental ya sea en la calle o en alguno de los medios de transporte, no serían considerados como actos sexuales, de no presentarse el elemento intencional de satisfacer un deseo sexual a costa del sujeto pasivo. En ese sentido y toda vez que la ley penal no sanciona el acto sexual por la persistencia, continuidad o prolongación de la conducta (tocamiento), sino por la imposición del acto lascivo, el cual debe ser examinado en el contexto de la realización de la conducta intencional para obtener aquel resultado, es indispensable acreditar esa intención lasciva del sujeto activo, independiente del acto que realice.

⁴¹² Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIII. Novena Época. Instancia: Primera Sala. Enero de 2006. Página: 11. Tesis: 1a./J. 151/2005.

CAPÍTULO CUARTO ASPECTO NEGATIVO DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO EN ESTUDIO

En el presente Capítulo se realiza un estudio dogmático de las diversas hipótesis que estudiosos del derecho han considerado denominarles “aspectos negativos del delito”, aplicadas al ilícito que nos ocupa denominado “inseminación artificial” previsto en el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal.

Es de suma importancia considerar los aspectos negativos del delito, ya que como se ha expuesto en los Capítulos precedentes, todo delito se encuentra conformado por diversos elementos como son: conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad; y en caso de no existir alguno de estos elementos da como resultado que el delito no se pueda configurar, se presenta la inexistencia del mismo.

Entonces, a los llamados “aspectos negativos del delito” se les denominan por orden de prelación lógica como: ausencia de conducta, atipicidad, causas de licitud o de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad y excusas absolutorias, mismos que han sido expuestos en el Capítulo Segundo del presente trabajo, y que se toman en consideración para de esa forma realizar el estudio correspondiente del delito de “inseminación artificial”; agregando además las figuras jurídicas “desistimiento” y “arrepentimiento” a efecto de tener un mayor panorama del delito que se explica y desentraña su contenido.

4.1. AUSENCIA DE CONDUCTA.- HIPÓTESIS

Se tiene a la conducta como el primer elemento del delito, considerada como el comportamiento humano voluntario ya sea de acción o de omisión; es el

“...peculiar comportamiento de un hombre, traducido exteriormente en una actividad o inactividad voluntarias.”⁴¹³

A esa actividad o bien inactividad, también se les ha denominado respectivamente aspecto positivo o negativo del delito, y su realización se encuentra encaminada a lograr un propósito, el hombre al llevar a cabo esa actividad o inactividad, tiende a buscar un fin. Se dice que la conducta es voluntaria por ser realizada a partir de una decisión libre del sujeto y con la cual busca lograr un objetivo, se visualiza el resultado que lograra al llevar a cabo su conducta.

Para la presencia de la conducta debe existir la voluntad del sujeto, y en caso de ausencia de voluntad, habrá por tanto ausencia de conducta. Entonces, aunque se realicen los movimientos corporales que constituyen la acción o bien, se presente la inactividad del sujeto para realizar la omisión, si esto surge a partir de la falta de volición del sujeto, entonces por consiguiente se da la ausencia de conducta, ya que el sujeto no tenía la decisión de realizar esa acción o bien esa omisión.

La ausencia de conducta es una de las hipótesis en las que se considera que hay una causa que excluye la debida integración del delito, esto a consecuencia de que el agente no tiene la voluntad de realizar la acción o bien la omisión.

El tratadista Francisco Pavón Vasconcelos indica que: “...la volición, pues, constituye el elemento o coeficiente psíquico indispensable para integrar una acción o una omisión, es decir una conducta. El movimiento corporal sin voluntad, como la inactividad involuntaria no conforman una conducta considerada tal por el Derecho, pues a la expresión puramente física o material faltaría el coeficiente

⁴¹³ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Manual de Derecho Penal Mexicano**. *Op. cit.* pág. 289.

necesario para atribuir la acción o la omisión a un sujeto y decir que tal conducta <es suya>.”⁴¹⁴

El artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal en su fracción I indica a la ausencia de conducta como causa de exclusión del delito, refiriendo:

“El delito se excluye cuando:

I. (Ausencia de conducta). La actividad o la inactividad se realice sin intervención de la voluntad del agente;...”⁴¹⁵

Al respecto de lo que menciona el numeral indicado, podemos comentar que la doctrina jurídica penal ha concluido que la ausencia de conducta tiene cabida porque no hay voluntad por parte del sujeto en llevar a cabo la actividad o inactividad para la producción de un resultado típico, y debido a ésta situación se da la inexistencia del delito. Ausencia de conducta que se verifica en diversos supuestos denominados: *vis absoluta* o llamada también fuerza física; a la *vis maior* o conocida como fuerza mayor y, a los movimientos reflejos; mismos que a continuación se analizan en relación al delito de “inseminación artificial” previsto en el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal:

I. La *vis absoluta* o fuerza física. Tiene lugar cuando existe una fuerza de carácter físico realizado por un hombre sobre el sujeto que realice la inseminación artificial, sobre la pasivo mujer mayor de dieciocho años que no otorga su consentimiento, o en una menor de edad con o sin su consentimiento o en una incapaz para comprender el significado del hecho o en la mujer que se encuentra incapacitada para resistirlo, y la fuerza física que recae sobre el sujeto que realiza la inseminación artificial sea tal que no pueda oponerse, viéndose sometido a llevarla a cabo; por lo tanto al no haber voluntad de su parte para llevar a cabo la inseminación artificial en cualquiera de sus formas homóloga o heteróloga y, a través de cualquiera de sus métodos intravaginal, intracervical,

⁴¹⁴ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Manual de Derecho Penal Mexicano**. *Op. cit.* pág. 290.

⁴¹⁵ **Código Penal para el Distrito Federal**. *Op. cit.* pág. 6.

intrauterina o bien intratubárica, por consiguiente no habrá delito alguno, al presentarse una hipótesis de ausencia de conducta.

Sin embargo, resulta impensable que por la fuerza física llevada a cabo por un hombre, que es superior e irresistible sobre el que la recibe, se realice por éste último una inseminación artificial, ya que al inseminar artificialmente sin su voluntad debido a la fuerza que le recae, no tendría porque tener preparado semen y/o instrumento alguno para inseminar, siendo que la fuerza física se refiere a la fuerza material, no a la fuerza moral como se ha explicado en el Capítulo Segundo, por lo cual, si realiza la inseminación artificial es porque ya contaba en sus manos con los instrumentos para realizar la inseminación artificial, viéndose de antemano la voluntad de contar con los medios necesarios para cumplir con su acción final de inseminar artificialmente, existe la voluntad del sujeto que la lleva a cabo, sin que se presente por tanto la *vis absoluta* o fuerza física en el delito en estudio.

II. La *vis maior* o fuerza mayor. Es aquella en la que el sujeto realiza una conducta ya sea de acción o de omisión, pero coaccionado por una fuerza irresistible que proviene de la naturaleza, al igual que la anterior, no hay voluntad por parte del sujeto que la recibe y la diferencia con la *vis absoluta* o fuerza física es que ésta última proviene de una fuerza del hombre y la *vis maior* proviene de la naturaleza, agregando el doctrinario Francisco Pavón Vasconcelos que “dicha fuerza física puede provenir de la naturaleza e incluso de seres irracionales.”⁴¹⁶

Hipótesis en la cual, al igual que la fuerza física resulta impensable en el delito de inseminación artificial, ya que resulta nada creíble, que el sujeto que realiza la inseminación artificial, lo haga sin su voluntad, sino por una fuerza que le es superior e irresistible proveniente de la naturaleza, puesto que si el sujeto no tiene la voluntad de realizar inseminación artificial alguna, no hay motivo alguno

⁴¹⁶ Manual de Derecho Penal Mexicano. Op. cit. pág. 292.

por el cual, tener en su poder los instrumentos necesarios para realizar la inseminación artificial e incluso el semen que se utilizará.

III. Los movimientos reflejos, son actos corporales que son involuntarios, en virtud de ser todo cambio que sufre el cuerpo humano como respuesta del sistema nervioso a un estímulo y en el cual no hay voluntad por parte del sujeto para llevar a cabo la conducta, por eso se dice que es una hipótesis más de ausencia de conducta.

Resulta imposible que a consecuencia de un movimiento reflejo el sujeto lleve a cabo una inseminación artificial en la sujeto pasivo, ya sea en la mujer mayor de dieciocho años que no otorga su consentimiento o en una menor de edad con o sin su consentimiento o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, ya que el sujeto al no tener la voluntad de cometer el ilícito, por consiguiente no habrá necesidad que tenga consigo los instrumentos del delito.

4.2. ATIPICIDAD.- HIPÓTESIS Y CONSECUENCIAS

La atipicidad es considerada como el aspecto negativo del elemento del delito denominado “tipicidad”, indicando el jurista Pavón Vasconcelos que la atipicidad se presenta cuando un determinado comportamiento humano “...previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo.”⁴¹⁷

Por tal motivo se considera a la atipicidad como la inadecuación de la conducta a lo descrito en el tipo penal.

⁴¹⁷ **Manual de Derecho Penal Mexicano.** *Op. cit.* pág. 326.

En atención a esto, es necesario puntualizar lo que nuestra legislación penal local establece, para posteriormente realizar un análisis en lo concerniente al delito en estudio de inseminación artificial; contando con el artículo 2 del Código Penal para el Distrito Federal, que de forma literal señala:

“No podrá imponerse pena o medida de seguridad, si no se acredita la existencia de los elementos de la descripción legal del delito de que se trate...”⁴¹⁸

De tal suerte que de acuerdo al precepto aludido, e interpretado a *contrario sensu* se tiene que si no existe adecuación a lo descrito en el tipo penal de acuerdo al caso en particular de que se trate, no habrá delito que perseguir, entonces debe haber una adecuación de la conducta desplegada al tipo penal que previamente ha establecido el legislador en la norma punitiva.

Gracias a la doctrina, se cuentan con diversos supuestos bajo los cuales se considera que existe la atipicidad según el tipo penal de que se trate. A continuación se procede a analizar el tipo penal de inseminación artificial previsto en el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal, verificando la presencia de la atipicidad según las diversas hipótesis del modelo expuesto por el doctrinario Fernando Castellanos:⁴¹⁹

a) Ausencia de la calidad o del número exigido por la ley en cuanto al sujeto activo.- El tipo penal de inseminación artificial no exige una calidad o número específico en cuanto al *sujeto activo* del delito, ya que incluso el propio tipo fundamental o básico, siendo el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal establece en su primer párrafo “A quien”, entendiéndose por tal señalamiento que puede ser uno o más los sujetos activos del delito, además de

⁴¹⁸ Código Penal para el Distrito Federal. *Op. cit.* pág. 1.

⁴¹⁹ CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. (Parte General). Cuadragésima cuarta edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2003. pág. 176.

que cualquier persona puede realizar dicho ilícito, no exige una calidad específica en el agente del delito.

Por otro lado, el artículo 152 del Código Penal para el Distrito Federal no establece una calidad específica de sujeto activo sino una agravante al tipo penal fundamental o básico, señalando que en el supuesto de que el agente del delito reúna la calidad de profesionista, o de servidor público, al primero de ellos se le impondrá suspensión para ejercer la profesión y para los servidores públicos la inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, así como la destitución.

Entonces como bien se aprecia, el tipo penal fundamental o básico es indiferente en cuanto a la calidad del sujeto activo, asimismo no requiere número específico de sujeto activo para la comisión del delito de inseminación artificial, se trata de un tipo penal monosubjetivo, pudiendo ser uno o varios los agentes del delito.

En cualquier caso se colmará lo que previamente ha establecido el tipo penal en cuanto a la calidad y cantidad de sujeto activo, por lo que en la comisión del delito de inseminación artificial, cualquier persona y en cualquier número lo puede realizar, sin que se pueda concebir que al llevar a cabo ésta conducta delictiva aparezca el aspecto negativo de la tipicidad por no cubrir lo extremos necesarios de sujeto activo del delito.

b) Ausencia de la calidad o del número exigido por la ley en cuanto al sujeto pasivo.- El artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal sí indica la calidad que debe tener la sujeto pasivo en el ilícito de inseminación artificial, y en caso de que no se trate de la sujeto pasivo señalada, se presentara un supuesto de atipicidad:

1.- *Mujer mayor de edad.*- No se exige calidad alguna, solo basta que la sujeto pasivo tenga dieciocho años cumplidos y no otorgue su consentimiento en que se le practique una inseminación artificial, es impersonal, en virtud de que cualquier persona de este género se encuentra tutelada por el tipo penal en estudio.

2) *Mujer menor de edad.*- El tipo penal indica que será sujeto pasivo la menor de edad, exista o no consentimiento de su parte, por tanto es de carácter personal, basta con que la mujer sea menor de dieciocho años para dar por cumplidos los extremos que el tipo penal requiere, esto en virtud de que el Estado ha considerado necesario darles una especial protección a éste tipo de sujetos quienes se considera no cuentan aún con la madurez mental para poderse determinar en este sentido y no tienen la capacidad de comprensión respecto al alcance de ésta conducta realizada en su persona.

3) *Mujer incapaz de comprender.*- La legislación penal ha previsto la situación de aquéllas mujeres que ya sea mayores o menores de edad, no tienen la capacidad de comprender la naturaleza de la actividad inseminatoria en su persona, como pudiera ser el caso de que la mujer se encuentre en un estado inimputable que le impida entender, comprender, procesar, saber o conocer lo que se realiza en su persona, esto porque se encuentra privada de razón debido a un trastorno de sus facultades mentales que le impide comprender la naturaleza de la inseminación artificial, tomándose en cuenta tanto el trastorno mental transitorio como el permanente.

Dentro del trastorno mental permanente el estudioso del derecho Alfonso Reyes Echandia, refiere que dentro de este rubro están comprendidas "...las distintas formas de psicosis, es decir, aquellas enfermedades que rompen el equilibrio del ser humano con su mundo exterior y su mundo interno, sea disociando la personalidad (esquizofrenia, parafrenia), sea alterando periódica y clínicamente, en forma exagerada la afectividad (psicosis maníaco depresiva) sea

derrumbando la inteligencia y el juicio (demencia senil, demencia arteriosclerótica), sea produciendo conjunto de síntomas bien delimitados y conocidos como consecuencia de enfermedades físicas generalmente febriles (cuadros de reacción exógena, confusión mental, toxifrenias).”⁴²⁰

Por consiguiente, “el trastorno mental a diferencia del transitorio, es el que perdurara más allá del tiempo una vez que se ha llevado a cabo la acción u omisión típicas.”⁴²¹

Además la sujeto pasivo puede estar en el supuesto de padecer un desarrollo intelectual retardado que le impide comprender la naturaleza de la inseminación artificial, considerándose como desarrollo intelectual retardado todas aquéllas causas naturales patológicas que determinan la incapacidad y trae aparejado que el sujeto no tenga comprensión del carácter ilícito de la conducta y de la voluntariedad en sus actos.

4) *Mujeres que se encuentran incapaces de resistir.*- El tipo penal contempla el supuesto en el que la sujeto pasivo ya sea mayor o menor de edad, se encuentra incapacitada de resistir la conducta delictiva de inseminarla artificialmente; no se puede oponer materialmente, ya sea por cuestiones física o psíquicas, es una condición personal de la sujeto pasivo que el sujeto activo aprovecha para facilitar la inseminación artificial; tal es el caso en que la ofendida se encuentra amagada, presenta alguna parálisis en el cuerpo, se encuentra en estado de embriaguez, drogada, sedada, u otras hipótesis que le impiden resistir la practica de la inseminación artificial, ya sea que ella misma se ha colocado en ese estado de forma voluntaria o accidental o bien, que el sujeto activo sea quien la haya colocado de ese modo a efecto de cumplir con su propósito de inseminarla artificialmente.

⁴²⁰ **Culpabilidad.** *Op. cit.* pág. 91.

⁴²¹ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. **Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida.** *Op. cit.* pág. 60.

De todo lo anterior se tiene que tratándose del sujeto pasivo el tipo penal, es impersonal tratándose de las mujeres mayores de edad, y es personal tratándose de las menores de edad o bien, cuando sean incapaces de comprender o resistir la conducta delictiva.

El número de sujeto pasivo es uno, al indicar el tipo penal con palabras textuales “una”, por lo cual basta una sola persona para tener la posibilidad de consumir la inseminación artificial.

c) Falta del objeto material. La falta del objeto material en el delito de inseminación artificial se presenta cuando no exista el ente corpóreo sobre el cual recae los efectos de la conducta delictiva, que en la disposición normativa en estudio, es el cuerpo de la mujer en quien se ejecuta la inseminación artificial, siendo las mayores de edad que no consientan la inseminación artificial en su persona, las menores de edad aún con su consentimiento, y las mujeres incapaces para comprender la naturaleza del hecho o para resistirlo.

Por tanto, si falta el objeto material no puede configurarse el delito de inseminación artificial, porque puede ocurrir que el sujeto haya planeado cometer dicho ilícito, sin embargo a pesar de que el agente ha vislumbrado en su mente la forma en que lograra su objetivo, ha preparado el instrumental y semen que utilizará, ya sea propio o de un tercero y a pesar de que existe la voluntad de su parte, ocurre que no cuenta todavía con el cuerpo sobre el que recaerá su conducta delictiva, entonces al no contar con el cuerpo de la mujer mayor de dieciocho años que no quiere que se le insemine artificialmente, con la menor de edad o bien con la incapaz de el significado del hecho o de resistirlo, no hay conducta delictiva que perseguir por faltar objeto externo sobre el que recae la acción, siendo un caso claro de atipicidad.

d) Falta del objeto jurídico.- El objeto jurídico es entendido como el valor o el bien que es tutelado por la ley penal, ya que el legislador ha plasmado en un

cuerpo normativo las conductas consideradas como delictivas, con el fin de realizar la protección de bienes que son de trascendencia tal en la sociedad que necesitan ser reconocidos por el valor que representan, por esa razón se dice que es un interés jurídicamente tutelado.

En el presente caso se considera que el objeto jurídico es la libertad de autodeterminación de la mujer para su propia inseminación, ya sea en forma natural o artificial, según el alcance de su propia voluntad tratándose de las mujeres mayores de edad, pues tratándose de las menores o de las que se encuentran en incapacidad de resistir o comprender la naturaleza de la inseminación artificial, se comprime el bien jurídico que es la seguridad de la mujer de no ser inseminada artificialmente mientras se encuentre imposibilitada para tomar decisiones libres, ya sea por su minoría de edad o bien porque no esté en aptitud de comprender o de resistir esa conducta de inseminación artificial; lo anterior tiene sustento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respecto al derecho y facultad de decidir de manera libre sobre el número y espaciamiento de hijos que se desean tener, y que el Estado debe garantizar, derecho previsto en el artículo 4º párrafo tercero como garantía individual, al disponer que: “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.” Por tanto si falta el bien jurídico entonces estamos hablando de una hipótesis de atipicidad e inexistencia del delito.

Se plantea el caso en el cual un sujeto que mantiene relaciones sexuales con su esposa Juanita, a la cual le ha solicitado en reiteradas ocasiones que conciba un hijo aunque no sea de él, toda vez que el sujeto es estéril, negándose la mujer; por lo cual el sujeto ha planeado inseminarla artificialmente de ser necesario sin su consentimiento, verificando la manera en la que lograra su objetivo, informándose la manera en la que se lleva a cabo una inseminación artificial, de tal suerte que planea hacerlo de manera intravaginal y consigue la jeringa y un catéter adecuado, así como el semen para lograr la fecundación,

procediendo a embriagarla para que pierda el conocimiento y no pueda resistirse a la actividad inseminatoria, por lo que una vez que se da cuenta que se encuentra en estado inconsciente, sale y al regresar con todo lo necesario para llevar a cabo la actividad inseminatoria, realiza los actos tendientes a su consumación y que deben producir el resultado, hace lo conducente para llevar a cabo la inseminación artificial, sin darse cuenta que dicha persona ha perdido la vida debido a un paro cardíaco que le dio en su ausencia.

Entonces Juanita ya había perdido la vida al momento en que el sujeto realiza los actos tendientes a la consumación del delito de inseminación artificial, previsto en el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal, faltando el bien jurídico tutelado por la norma punitiva que en el presente ejemplo al tratarse de una mujer que se encuentra incapacitada para resistir la conducta inseminatoria lo es su propia seguridad de no ser inseminada artificialmente mientras se encuentre imposibilitada para decidir al respecto. Sin embargo, en esta situación no puede considerarse la presencia de la atipicidad por no existir el bien jurídico, aunque existe la imposibilidad de que se produzca el resultado que debía producirse, siendo que una persona que ha perdido la vida no cuenta con sus funciones orgánicas y por tanto no puede ser inseminada. Lo que se aprecia es la intención del sujeto de cometer la conducta delictiva al exteriorizar todos los actos que producirían el resultado, y el cual no se produce por causas ajenas a su voluntad, no previó que iba a suceder la muerte de Juanita, por el contrario realiza todos los actos necesario para lograr acción final de inseminarla artificialmente.

Lo que se considera en éste supuesto es la existencia de un caso de tentativa inidónea o también llamada delito imposible, indicando el doctrinario Muñoz Conde que “para ser punible, debe tener las mismas cualidades que la tentativa idónea, es decir que debe darse el dolo, se debió iniciar la fase ejecutiva, es decir que exista el plan en la mente del autor y que la haya puesto de manifiesto al exterior con actos que estén en conexión directa con la ejecución del delito, y finalmente suponer una puesta en peligro del bien jurídicamente

protegido, para verificar la peligrosidad de la conducta del sujeto activo es importante colocarse en el papel de éste al momento de estar cometiendo la conducta para verificar su intención de consumar el delito, además analizarlo una vez ya desplegada su conducta (consideración objetiva *ex ante* y *ex post*).»⁴²²

De ahí que en el ejemplo que se analiza, el sujeto tenía la firme intención de consumar el delito de inseminación artificial, realizando todos los actos que le llevaban a lograr su objetivo, sin embargo surgió la muerte de Juanita, y en consecuencia al faltar el bien jurídico siendo la seguridad de no ser inseminada por no existir una libre decisión de su parte, se considera que existe una puesta en peligro del bien jurídico que la ley tutela, por tanto debe ser sancionado.

Otra situación ocurre cuando el actor realiza una inseminación artificial en aquella sujeto pasivo que se encuentra con muerte cerebral, ya que en ese estado inconsciente, la mujer se encuentra imposibilitada de manifestar su voluntad respecto a dicha situación, tiene incapacidad para resistir la actividad inseminatoria realizada en su persona, considerándose que hay ausencia del bien jurídico traducido en la seguridad de la mujer de no ser inseminada artificialmente, y supuesto en el que se considera que al igual que al anterior, no existe la atipicidad por faltar el bien jurídico tutelado, sino que más bien lo que se presenta es un caso de tentativa inidónea o delito imposible, de acuerdo a lo que establece la doctrina penal, ya que efectivamente falta el bien jurídicamente protegido, sin embargo es una conducta que debe ser sancionada puesto que al realizarse la inseminación artificial en una persona con éstas características trae un resultado que se materializa e incluso puede provocar un embarazo, ya que las funciones orgánicas de la mujer se encuentran funcionando, y a pesar de que se encuentra en imposibilidad de resistir la conducta delictiva en su persona, todavía se considera que tiene vida y por tanto el Estado debe sancionar la conducta que le violente en su capacidad de decidir sobre la inseminación artificial o en su caso algún embarazo en su persona que pudiera resultar.

⁴²² **Teoría General del Delito.** *Op. cit.* págs. 194-195.

e) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo. El tipo penal en estudio no exige circunstancias temporales o espaciales, es decir no establece que la inseminación artificial no consentida se lleve a cabo en un tiempo o lugar específico, el hecho delictivo puede consumarse en cualquier tiempo o lugar.

f) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley. El tipo penal que se analiza, no requiere que se utilicen medios específicos para la comisión del delito de inseminación artificial, pero como se ha expuesto, para realizar una inseminación artificial se requieren de diversos instrumentos, ya sea en su forma intravaginal, intracervical, intrauterina o bien intratubárica, como puede ser una jeringa, un catéter, un especulo para abrir la cavidad vaginal, el histometro para medir las dimensiones del útero, un bisturí para hacer la incisión a la altura del abdomen en el método laparoscópico de la inseminación artificial Intratubárica.

Entonces una vez que el autor tiene en su pensamiento el realizar la actividad inseminatoria, prosigue a seleccionar los medios que utilizara para llevar a cabo su cometido de inseminar artificialmente, es decir, el sujeto en su mente planea que medios utilizara para lograr el resultado, verifica que instrumentos le serán útiles para poder llevar a cabo la inseminación; apreciándose que el tipo penal no exige de medios específicos para llevar a cabo el ilícito que se estudia, pero para imputarle una responsabilidad por desencadenar su voluntad en la comisión del hecho delictivo, los medios que elija deben ser idóneos para llevar a cabo la acción final; se deben de elegir los medios adecuados que lo consigan, que no pueden ser distintos a los que ampliamente han sido estudiados por las ciencias biológicas, como son la forma homóloga de inseminar o la forma heteróloga de inseminar bajo los diversos métodos de inseminación.

Por otro lado, el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal en su párrafo segundo establece como medio de comisión el uso de la violencia,

considerando tanto la violencia física como la moral, y sin que sea esencial para integrar la conducta delictiva, ya que sólo en el supuesto de que el sujeto activo haga uso de la violencia en la comisión de dicho ilícito, operara una agravante de la pena.

g) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos.

“El tipo penal no exige cualidades internas, intelectuales o intangibles al sujeto activo.”⁴²³

Por tal motivo en el ilícito que se analiza no se requiere que se cubra algún tipo de elemento subjetivo para la presencia de la tipicidad.

4.3. CAUSAS DE LICITUD.- HIPÓTESIS

Al aspecto negativo de la antijuridicidad la hemos denominado en el presente trabajo como causas de licitud, en virtud de la cuales, la conducta está permitida o autorizada por la ley, no viola ninguna norma penal.

Para que el delito de inseminación artificial se encuentre autorizado por la ley, debe encontrarse en diversos supuestos que ya han sido explicados y que a continuación se analizan:

A) Ausencia de interés o por la existencia de un interés preponderante.

La **ausencia de interés** “se refiere al consentimiento del ofendido o el presunto consentimiento del ofendido, por consiguiente si el titular no está de acuerdo o no expresa su voluntad aceptando la lesión del bien tutelado, entonces la acción es antijurídica, en cambio si expresa su voluntad de aceptar esa lesión, se considera que esa conducta tiene el carácter de lícita.”⁴²⁴

⁴²³ PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. **Teoría del Delito**. Op. cit. pág. 106.

⁴²⁴ *Ibidem*.

Pero debe tomarse en cuenta que en el delito de inseminación artificial la única persona que en este caso puede otorgar su consentimiento como ofendida es la mujer mayor de dieciocho años, en virtud de que se considera que tiene la madurez intelectual y física para tener voluntad y decidir sobre su libertad de procrear; y cumpliendo con los requisitos que al efecto señala el artículo 29 en su fracción III del Código Penal para el Distrito Federal, es decir que se trate del titular del bien jurídico consistente en la libertad de autodeterminación de la mujer para su propia inseminación, que tenga capacidad jurídica para disponer libremente del bien; que el consentimiento sea expreso o tácito; y que no medie algún vicio del consentimiento.

Sin embargo, en éste punto de consentimiento de la ofendida mayor de edad, es importante resaltar la observación que el jurista Jiménez de Asúa, hace respecto al consentimiento del titular del bien jurídico afectado como causa de licitud, indicando que “dicha hipótesis no puede ser considerada como causa justificante puesto que cuando se realiza el robo, la violación, la detención ilegal, y se hace con consentimiento del sujeto pasivo, por consiguiente no da lugar a la existencia de cualquiera de esos delitos, puesto que existen delitos que llevan como elemento esencial, el que se realizan contra la voluntad o sin la voluntad del sujeto pasivo, considera que lo que sucede en realidad es que se impide que el delito nazca por falta de uno de los elementos característicos de la especial figura delictiva, se encuentra más bien la ausencia del tipo, no puede existir un robo que se encuentra justificado porque su titular autorizo que lo llevará a cabo, más bien lo que existe es la figura jurídica de la donación.”⁴²⁵

La prestigiada Doctora Olga Islas de González Mariscal por su lado indica que “no considera el consentimiento como una causa de licitud, sino más bien como un hecho que según los efectos que produzca, da lugar a alguno de los cuatro supuestos de atipicidad, quedando extinguido el bien jurídico; el objeto material; por impedir la configuración de la figura típica o, por excluir la lesión y la

⁴²⁵ **Tratado de Derecho Penal.** Tomo IV. *Op. cit.* pág. 629.

puesta en peligro del bien. Y continúa apuntando que una vez que existe el consentimiento por parte del titular del bien jurídico por ejemplo en el robo, se elimina la posesión que es el bien jurídico tutelado; anula la ajenidad de la cosa mueble en dicho delito. En la comisión del ilícito de la violación, cuando existe el consentimiento, anula por consiguiente la configuración de la acción de copular por medio de la violencia física o moral. En el delito de abuso sexual al existir el consentimiento, no suprime la libertad sexual pero provoca que se impida su lesión siendo el bien jurídico que se tutela.”⁴²⁶

Además, la manifestación del consentimiento “debe ser expresa o tácita, debe llevarse a cabo con anterioridad o simultáneamente a la realización de la acción o la omisión, ya que el consentimiento posterior carecerá de toda validez.”⁴²⁷

Expuesto lo anterior, nosotros nos inclinamos por la conclusión dictada por la Doctora Olga Islas de González Mariscal, en el sentido de que el consentimiento de la mayor de edad a que se le practique una inseminación artificial propiamente ya no sería una causa de licitud, sino que al consentir que se le realice la inseminación artificial con los efectos que esto conlleva, como lo es un embarazo, da lugar a que se suprima o ya no exista lesión al bien jurídico, que es la libertad de autodeterminación sobre el número de hijos que desea tener, el tiempo, lugar y la persona con la que desea procrear; ya no se configura la figura típica establecida en el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal por excluir la lesión y la puesta en peligro del bien jurídico, es una causa de atipicidad y no de licitud, porque propiamente con el consentimiento el delito no se configura para que fuera una causa justificante o de licitud, ya no se cubren los elementos típicos del delito estudiado, que es la ausencia de consentimiento en este tipo de personas, por lo tanto se dice que hay una causa de atipicidad por la falta de bien jurídico.

⁴²⁶ **Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida.** *Op. cit.* pág. 58.

⁴²⁷ CERESO MIR, José. **Curso de Derecho Penal Español. Parte General.** *Op. cit.* págs. 80-81.

En lo que concierne a la menor de edad que otorgue su consentimiento para que se le practique la inseminación artificial, o la incapaz de comprender el significado del hecho es quien lo autoriza, el bien jurídico de éstas personas es la seguridad de que no se les realice una inseminación artificial. En las menores de edad el bien jurídico es la seguridad de la mujer en virtud de que al contar sólo con la minoría de edad, no tiene posibilidad de tomar decisiones de manera libre, y en ellas el bien jurídico no se encuentra disponible. Mientras que en las mujeres que no tienen capacidad de comprensión o de resistir esa actividad inseminatoria, al encontrarse ausente la libertad de decisión por mantenerse en ese estado, la ley les protege a pesar de que se considera como un bien jurídico disponible, considerándose que también en esta hipótesis el bien jurídico es la seguridad de la mujer a ser inseminada, por tanto al no proceder el consentimiento en éstas sujeto pasivo y no ser un bien jurídico que se encuentre disponible por las características personales de estas mujeres, no se satisfacen los requisitos que exige el artículo 29 fracción III del Código Penal para el Distrito Federal, ni aún cuando algún representante legal autorice la inseminación artificial en su nombre, ya que se estarían violentando sus garantías individuales al no tener la capacidad de disponer de su persona y por tanto no tener la capacidad sobre el número de hijos que desean tener, razón por la cual no pudiera su consentimiento ser un caso de atipicidad, ni mucho menos de licitud al no estar legalmente facultadas para que autoricen una inseminación artificial, y al llevarles a cabo dicha practica, se estarían colmando los extremos que indica el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal.

En cuanto al ***interés preponderante*** en el que el sujeto lesiona un bien jurídico pero con el objeto de salvaguardar otro bien jurídicamente protegido por la ley verificando un criterio que toma en cuenta la cantidad del bien como basado en la calidad de los bienes, no hay cabida en que en el tipo penal previsto en el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal se presente, puesto que no cabe la posibilidad de que se vulnere a la sujeto pasivo inseminándole artificialmente con el objeto de salvaguardar otro bien protegido también por la ley.

B) La legítima defensa. Causa de licitud que se encuentra prevista en el artículo 29 fracción IV del Código Penal para el Distrito Federal y de la cual se desprenden requisitos indispensables para que la actividad inseminatoria se encuentre amparada por ésta causa de licitud, mismos requisitos que son: existencia de una agresión; la agresión debe ser real, actual o inminente y sin derecho; la legítima defensa debe ser realizada en protección de bienes jurídicos o ajenos; debe existir necesidad de la defensa; racionalidad de los medios empleados; que no medie provocación dolosa suficiente; inmediatez en la provocación.

Depreñándose de lo anterior, se tiene que la actividad inseminatoria nunca se encontrará amparada por la legítima defensa como causa de licitud, ya que no nos podemos imaginar que el sujeto se vio en la necesidad de realizar la inseminación artificial en contra de una mujer mayor de dieciocho años que no otorga su consentimiento o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, ya que existía una repulsa necesaria y proporcional a una agresión en la que se veía inmerso, que incluso era injusta, actual o inminente y ponía en peligro bienes que le eran propios al sujeto activo o a un tercero.

C) Estado de necesidad. El estado de necesidad es otra causa de licitud que se encuentra regulada en la fracción V del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, y es definida como la “situación de peligro real, grave, inminente, inmediato para la persona, su honor, o bienes propios o ajenos, que sólo puede evitarse mediante la violación de otros bienes, jurídicamente tutelados, pertenecientes a persona distinta.”⁴²⁸

En el presente caso, no cabe la posibilidad de que un sujeto lleve a cabo una inseminación artificial en la ofendida, ya sea la mujer mayor de dieciocho años que no otorga su consentimiento o aún con el consentimiento de una menor de

⁴²⁸ OSORIO Y NIETO, César Augusto. **Síntesis de Derecho Penal. Parte General.** *Op. cit.* pág. 62

edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, por el estado de necesidad en que se ve envuelto de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado.

D) Cumplimiento legítimo de un deber. Causa de licitud señalada en la fracción VI del artículo 29, del Código Penal para el Distrito Federal, y la cual es entendida como “el actuar de un sujeto debido a una exigencia que le es impuesta, siempre y cuando esta obligación provenga de la ley o bien, de un superior jerárquico y exista necesidad racional de la conducta empleada para llevarla a cabo.”⁴²⁹

En el tema que se estudia no hay cabida a que se presente el cumplimiento de un deber como causa de licitud, ya que no se vislumbra el hecho de que un sujeto a efecto de cumplir una orden que en atención a sus funciones le es encomendada, ya sea por ley o por orden de un superior jerárquico, tenga que llevar a cabo una inseminación artificial, siendo que incluso no existe ley alguna que autorice a llevar a cabo una inseminación artificial en contra de una mujer mayor de dieciocho años que no otorga su consentimiento o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, y no hay persona que tenga autorización en razón de su empleo de ordenar alguna practica de carácter inseminatorio.

E) Ejercicio legítimo de un derecho. Causa de licitud regulada en el artículo 29 fracción VI del ordenamiento penal invocado; habrá ejercicio legítimo de un derecho cuando un sujeto actúe de acuerdo a una norma jurídica que se lo autoriza, pero siempre y cuando exista necesidad racional de la conducta o medio empleado y no sea con la finalidad de causar perjuicio.

⁴²⁹ OSORIO Y NIETO, César Augusto. **Síntesis de Derecho Penal.** *Op. cit.* pág. 63.

En el tema de inseminación artificial no consentida, no existe norma jurídica que autorice a otro sujeto a llevar a cabo una inseminación artificial en mujer mayor de dieciocho años que no otorga su consentimiento o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, por lo cual nadie puede ejercer un derecho practicando una inseminación artificial.

4.4. INCULPABILIDAD.- CAUSAS.- HIPÓTESIS

La inculpabilidad es el aspecto negativo de la culpabilidad, y “se origina al cumplirse con los supuestos que la ley penal local exige, dando como resultado que el sujeto no sea sancionado por la conducta realizada, toda vez que queda inexistente el dolo y la culpa, quedando absuelto del juicio de reproche, ya que existe la falta de nexo causal emocional entre el sujeto y su acto, es decir la falta del nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto.”⁴³⁰

Enseguida se procede a realizar un análisis de las causas de inculpabilidad en el delito de inseminación artificial establecido en el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal:

A) La presencia de la inimputabilidad. De acuerdo al artículo 29 fracción VII del Código Penal para el Distrito Federal, en el delito que se analiza, se considera a la inimputabilidad como la falta de capacidad del sujeto de conocer la ilicitud del hecho de inseminar artificialmente a la sujeto pasivo, siendo una mujer mayor de dieciocho años sin su consentimiento o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo. Considerada también la inimputabilidad como la falta del sujeto de poderse determinar en forma espontánea conforme dicha comprensión, en virtud de que el sujeto padece trastorno mental o desarrollo intelectual retardado.

⁴³⁰ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del Delito. *Op. cit.* pág. 238.

Entonces, el sujeto será considerado como inimputable cuando al momento de llevar a cabo la inseminación artificial no consentida, tiene incapacidad de comprensión de sus actos e incapacidad de conducción de los mismos de acuerdo a esa comprensión; el sujeto que realice la inseminación artificial sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, debe padecer una incapacidad de comprensión respecto al carácter ilícito de su proceder, o, en su caso, algún otro que origine esa incapacidad de comprensión, ya que no sólo se aprecia la inmadurez mental del sujeto, sino también el hecho de padecer un trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, considerando la ley, tanto el trastorno mental transitorio como el permanente.

Si se trata de una causa que extinga la capacidad de comprensión de conducirse del sujeto respecto a la comisión del delito de inseminación artificial, ya sea por trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, tiene como efecto la exclusión de la culpabilidad, por lo tanto la conducta no se considera delictiva.

En caso de trastorno mental en el sujeto, pero que ese trastorno es provocado dolosamente por él mismo, entonces deberá responder como se respondería por un delito doloso, es sólo un medio comisivo en la ejecución del delito de inseminación artificial no consentida.

B) Error de tipo y error de prohibición. El error de tipo y el error de prohibición se encuentran regulados en el artículo 29 fracción VIII del Código Penal para el Distrito Federal, que a la letra señala:

“Artículo 29 El delito se excluye cuando:

(...)

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de:

- a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o
 - b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta.
- Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de este Código.”⁴³¹

Entonces se tiene que en el inciso a) del artículo 29 antes indicado, se ocupa del error de tipo, que es el que recae sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal, teniendo como efecto el de excluir tanto al dolo como a la culpa; mientras que el inciso b) se refiere al error de prohibición, consistente en el error respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta y su efecto es excluir la culpabilidad del sujeto. Pero en ambos casos se considera el error como invencible o inevitable, se excluye totalmente el delito, pero cada uno de esos errores afecta un distinto elemento del delito, el primero afecta la tipicidad y el segundo la culpabilidad.⁴³²

Y en caso de que se trate de un error vencible, sea de tipo o de prohibición, remite a la sanción que corresponderá según el artículo 83 del mismo código penal punitivo.

Cabe hacer la distinción entre error vencible o evitable y el error invencible o inevitable; “en el vencible el error es superable, es decir, aquel que podría podido evitarse en caso de haber actuado el agente con mayor cuidado y diligencia, como por ejemplo no haber disparado en contra de una persona que se observaba en la oscuridad afuera de un domicilio; mientras que el error invencible

⁴³¹ Código Penal para el Distrito Federal. *Op. cit.* pág. 7.

⁴³² SANDOVAL DELGADO, Emiliano. Circunstancias Eximentes de la Responsabilidad Criminal en el Derecho Penal Mexicano. *Op. cit.* pág. 262.

o inevitable se presenta cuando aún habiendo actuado con el mayor cuidado y diligencia, no habría podido evitar caer en el error en que se encontraba.”⁴³³

En cuanto al error de prohibición invencible para que excluya el delito de inseminación artificial, pudiera ser en el supuesto en que a una persona se le finca responsabilidad por parte de una mujer porque llevó a cabo una inseminación artificial en su hija menor de edad; sin embargo, el actor realizó una inseminación artificial, considerando que la mujer había comprobado fehacientemente su mayoría de edad para estar capacitada en la autorización de la practica de la actividad inseminatoria en su persona, y resulta que lo ha engañado con documentación falsa y todavía cuenta con la minoría de edad, entonces sin estar legalmente autorizada para consentir en dicho proceso, el actor cree justificada su conducta excluyendo por tanto su culpabilidad. Se puede observar, el error es invencible por la circunstancias en que se realizó el hecho, el sujeto no podía superar el error, lo que provoca que el sujeto actué en forma inculpable por estar frente a lo invencible de ese error.

C) No exigibilidad de otra conducta.- “Se presentara cuando el agente no tiene libertad de un comportamiento diferente al requerido por la norma penal, actúa contrario a derecho, y no se le puede realizar el juicio de reproche, en virtud de que no podía actuar de manera distinta, porque aun existiendo la comprensión respecto a la antijuridicidad de su acto, no puede exigírsele la adecuación de su conducta, a lo ordenado por la ley, por lo tanto es eximido de la sanción que le correspondería.”⁴³⁴

Hipótesis de inculpabilidad que se encuentra regulada en el artículo 29 fracción IX del Código Penal para el Distrito Federal, en el cual indica:

“Artículo 29. El delito se excluye cuando:
(...)

⁴³³ SANDOVAL DELGADO, Emiliano. Circunstancias Eximentes de la Responsabilidad Criminal en el Derecho Penal Mexicano. *Op. cit.* pág. 264.

⁴³⁴ *Ibidem.* pág. 273.

IX. En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho.”⁴³⁵

Se entiende la no exigibilidad de otra conducta ya que al sujeto no se le puede exigir una conducta diversa a la realizada, no existe por tanto juicio de reproche en su contra y se actualiza ésta hipótesis como causa de inculpabilidad, sin embargo, no existe alguna forma en la que se pueda argumentar que el sujeto actúa inseminando artificialmente a la sujeto pasivo, siendo mayor de edad sin su consentimiento, en la menor de edad aún con su consentimiento, o en la incapaz de comprender la naturaleza del hecho o incapaz de resistirlo, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho.

4.5. LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

El aspecto negativo de la punibilidad lo constituyen las llamadas “excusas absolutorias” o también llamadas de “no punibilidad” y son aquéllas situaciones que establece el legislador, en donde el sujeto efectivamente, se encuentra dentro del supuesto jurídico que considera su conducta como delictiva, al ser típica, antijurídica y culpable, pero asimismo dicho sujeto cuenta con determinadas características personales establecidas en la ley, que permite la no aplicación de sanción alguna en su contra, entonces a pesar de que el sujeto ha cometido una conducta ilícita, no se le aplicará sanción alguna, lo anterior en virtud de situaciones de política criminal y orden público, en donde se le presta atención a las necesidades que en ese momento se encuentran imperantes en la sociedad.

Un ejemplo es en el delito de aborto, autorizando el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 148 fracción I, que en caso de embarazo se permita la práctica del aborto cuando se trate de una fecundación producto de una

⁴³⁵ Código Penal para el Distrito Federal. *Op. cit.* pág. 7.

inseminación artificial tipificada por el artículo 150 del mismo ordenamiento penal, la ley mediante una excusa absolutoria lo autoriza y evita la aplicación de alguna sanción en la práctica del aborto.

En el delito de inseminación artificial no consentida previsto en el artículo 150 de Código Penal para el Distrito Federal, no se establece hipótesis alguna como causa de excusa absolutoria; entonces el sujeto que realice la práctica de inseminación artificial en una mujer mayor de dieciocho años sin su consentimiento o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, será sancionado por su conducta, sin que se le exima de la sanción a que se ha hecho merecedor al no existir alguna excusa absolutoria en su favor, por ejemplo la autorización en la práctica del aborto cuando

4.6. DESISTIMIENTO Y ARREPENTIMIENTO

En primer lugar resulta importante hacer mención que la tentativa es la ejecución de actos realizados por un sujeto, que tiene la plena intención de que con los mismos se lleve a cabo un delito, el cual no es consumado, por causas ajenas a su voluntad.

Es decir, en la tentativa el individuo comienza a ejecutar una acción con el propósito de consumir el delito, pero no lo logra por circunstancias ajenas a su voluntad. A pesar de que el sujeto no consuma el delito que quería y esperaba, merece una pena pues al comenzar la ejecución, puso de manifiesto su voluntad criminal.

Entonces básicamente en la tentativa existe la intención dirigida a cometer un delito, “el agente lleva a cabo actos a efecto de configurar el ilícito pero hay

inexistencia de la acción final perseguida por causas ajenas a la voluntad del sujeto.”⁴³⁶

La doctrina ha considerado además, dos clases de tentativa llamadas tentativa acabada o delito frustrado, e inacabada.

“En la tentativa acabada el autor ha realizado todos los actos que se requieren para que el delito sea consumado, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad; mientras que en la inacabada, el sujeto no realiza todos los actos necesarios para la consumación del delito, pero de igual manera el resultado no es producido por causas ajenas a su voluntad.”⁴³⁷

Se tiene como principio, de manera general admitido, que “si se realiza la tentativa ya sea acabada o bien inacabada, es decir porque se han llevado a cabo todos los actos de ejecución del delito, o porque sólo se ha realizado una parte de ellos, el desistir voluntariamente de la consumación del delito produce la impunidad del que desiste, esto por razones político criminales y preventivas.”⁴³⁸

Entendiéndose por desistimiento “...la interrupción de la actividad ejecutiva realizada por el autor, como expresión de su voluntad de abandonar el designio criminal que se había propuesto.”⁴³⁹

En cambio, el arrepentimiento se produce cuando “...el agente ha agotado todo el proceso ejecutivo del delito y el resultado no se produce por causas propias.”⁴⁴⁰

Es decir, el desistimiento se presenta de forma voluntaria, una vez que el autor realiza actos que verifican el no querer realizar la conducta delictiva, hay una

⁴³⁶ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Manual de Derecho Penal Mexicano**. *Op. cit.* pág. 533.

⁴³⁷ *Ibidem.* pág. 529.

⁴³⁸ SANDOVAL DELGADO, Emiliano. **Circunstancias Eximentes de la Responsabilidad Criminal**. *Op. cit.* págs. 196-197.

⁴³⁹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Op. cit.* pág. 548.

⁴⁴⁰ *Ibidem.* pág. 549.

voluntad por parte del agente, ya sea porque no quiere llevar a cabo el delito a pesar de que puede realizarlo (desistimiento voluntario), o bien, porque no puede realizarlo a pesar de que quisiera (desistimiento involuntario).

En cambio, el arrepentimiento puede verificarse sólo en la tentativa acabada, en tanto que el sujeto ha realizado todo el proceso que lleva a consumir el resultado, pero no se produce por causas propias del sujeto, realiza una actividad que impide finalmente la consumación del delito.

En la legislación penal del Distrito Federal en su artículo 21, establece la figura del desistimiento y el arrepentimiento, indicando que no se le aplicará sanción alguna al sujeto que se encuentre dentro de éstos supuestos, a no ser que los actos ejecutados constituyan por sí mismos algún delito diferente, en cuyo caso se le impondrá la pena o medida señalada para éste.

Siendo así las cosas, si el sujeto tiene planeado llevar a cabo una inseminación artificial ya sea en una mujer mayor de dieciocho años sin su consentimiento o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, allegándose de todo el material necesario para cumplir con su cometido, de pronto, al estar con la sujeto pasivo, por propia voluntad decide no concretar su actividad criminal, interrumpiendo la practica inseminatoria, por consiguiente dicho sujeto no será sancionado por su conducta al presentarse la figura del desistimiento.

Es importante señalar, que para que opere la figura del “desistimiento”, el sujeto debe mostrar su voluntad de interrumpir la consumación del delito de inseminación artificial no consentida, antes de que propiamente se lleve a cabo la inseminación artificial en cualquiera de sus modalidades, es decir antes de que introduzca el semen a través del método intravaginal, intracervical, intrauterino o intratubárico en el cuerpo de la sujeto pasivo, porque de lo contrario, cuando haya introducido el semen para llevar a cabo la inseminación artificial ya no operara el

desistimiento y será sancionado por su proceder al haberse cumplido con los requisitos subjetivos y objetivos del tipo penal de referencia, puesto que al ser un delito instantáneo ya no habrá posibilidad de que evite la producción del resultado.

El arrepentimiento se presenta cuando el sujeto ha realizado todos los actos ejecutivos para la producción del resultado, pero de propia voluntad decide evitar que se cumpla con el mismo, y en el delito en estudio de inseminación artificial *no da lugar a que se cumpla con el arrepentimiento* por parte del autor, toda vez que al realizar todos los actos necesarios para la consumación del delito, ya sea en su forma homóloga o heteróloga y en cualquiera de sus modalidades: intravaginal, intracervical, intrauterina o intratubárica, en la sujeto pasivo, siendo la mujer mayor de dieciocho años sin su consentimiento o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo; por ese simple hecho de inseminar artificialmente, se cumple con el resultado, no hay manera de que al cumplir con todos los actos que encaminan al resultado, éste se pueda evitar, toda vez que al ser un delito de consumación instantánea, al introducir el semen por cualquiera de sus métodos, de inmediato se representa el resultado.

Esto mismo ocurre, si se trata de una mujer estéril o no, o de un semen proveniente de una persona que padece algún tipo de esterilidad, pues lo trascendente de la tipificación normativa no estriba en la posibilidad de fecundación, pues ésta, al ser el origen del embarazo, está tipificada como una circunstancia agravante al tipo penal, por ello, interpretando sistemáticamente el contenido de la norma, el delito queda integrado aún cuando no haya embarazo, por lo que la posibilidad de fecundación de los espermatozoides introducidos, o la esterilidad, no es trascendente para la tipificación del delito, siendo suficiente la forma homóloga o heteróloga de inseminarla para conformar el delito.

Es importante mencionar que tal y como lo refiere el artículo 21 del Código Penal para el Distrito Federal, en el caso del delito de inseminación artificial, al

operar el desistimiento, el sujeto no será sancionado por éste delito, solamente se le aplicará la sanción correspondiente en cuanto a los actos realizados y que por sí mismos constituyan delitos, como pudiera ser por el delito de lesiones en el caso de aquél daño o afectación en la salud de la pasivo al tratar de llevar a cabo la inseminación artificial, —siempre y cuando esas lesiones no sean producto de la violencia física o moral ejercida para consumar el delito—; por el delito de peligro de contagio; o por algún otro delito que se pudiera presentar.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Derecho, siendo un mecanismo que se encarga de regular la conducta del hombre, se topa con múltiples transformaciones que imperan incesantemente en la sociedad, tal es el caso de los avances que han surgido en el campo de la Genética; dando lugar a nuevos conceptos y conductas que impresas de trascendencia significativa, deben ser consideradas en un marco legal para ir acorde con el pensamiento social y no violentar las garantías individuales que se encuentran de manifiesto en nuestra Carta Magna.

SEGUNDA.- La inseminación artificial es una de las formas de reproducción asistida cuyo propósito es conseguir la fecundación sin que se requiera para tales efectos una relación de carácter sexual o cópula; método que se utiliza cuando en el matrimonio, en el concubinato, en la relación de pareja estable, el hombre y/o la mujer resultan ser estériles o infértiles y sin posibilidad de procrear; incluso cuando una mujer ya sea con pareja o sin pareja, desea quedar embarazada.

TERCERA.- Se suele denominar a la inseminación artificial y a la fecundación artificial y/o fecundación asistida como sinónimos, pero esto resulta erróneo, en virtud de que el principal objetivo de la inseminación artificial es lograr una fecundación es decir, se dice “artificial” porque la inseminación se consigue sin que exista de por medio una relación sexual, y una vez que se ha colocado el semen en el aparato reproductor femenino (por cualquiera de sus métodos), de forma “natural” se lleva a cabo la fusión de la célula masculina (espermatozoide) y femenina (òvulo), existe la fecundación que continuará con su avance también de forma “natural” en la formación de una nueva vida. E incluso la “inseminación artificial” será denominada como tal, aunque no se consiga fecundación alguna.

CUARTA.- En México, la inseminación artificial se encuentra regulada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 4º párrafo tercero; en la Ley General de Salud en su artículo 466; en el Código Penal para el Distrito Federal en el artículo 150, 152, 153 y 155 en caso de que la conducta inseminatoria sea considerada como delito y en el Reglamento General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

QUINTA.- En nuestro país no hay una legislación que regule exclusivamente en lo que respecta al tema de procreación asistida, por lo que debe existir un cuerpo normativo en el que se establezca lo que debe considerarse por procreación asistida, señalar los diversos métodos que existen, prohibir la realización de fecundaciones entre gametos humanos y de animales para experimentos, se deben establecer los requisitos para las diversas formas de procreación asistida tanto de la persona interesada en conseguir un embarazo como de los donadores e instituciones autorizadas para dichas practicas; establecer un Banco Nacional de Donantes que se encuentre controlado en el sentido de limitar el número de donaciones de semen que una persona puede realizar en el territorio mexicano, se debe indicar el no pago en los donadores, para evitar múltiples donaciones de un mismo donante, establecer requisitos que debe cumplir el donador, y se debe designar personal especializado que verifique el seguimiento a la normatividad por parte de las instituciones autorizadas en la práctica de los diversos métodos de procreación asistida.

SEXTA.- Cuando una mujer casada, que viva en concubinato o con una pareja estable, autorice a que se le practique una inseminación artificial, sin autorización de su esposo, concubino o pareja, no es sancionada de manera alguna, situación que debe ser regulada, ya que se considera que una vez que la mujer ha decidido establecer una vida en común con alguien, en cualquiera de las formas mencionadas, debe existir un respeto a la propia pareja en las decisiones que se tomen y que afecten la vida en común, por la problemática que esto acarrea.

SÉPTIMA.- El artículo 155 del código penal para el Distrito Federal establece que si resultan hijos a consecuencia de la inseminación artificial, además del pago de la reparación del daño, comprenderá el pago de alimentos para éstos y para la madre, sin embargo éste apartado es poco preciso, puesto que no especifica la manera en que se deberá llevar a cabo el pago de alimentos, el tiempo que deben cubrirse tanto para el hijo como para la madre; no indica si deben seguirse todas las reglas que establece al respecto la legislación civil, por lo cual puede dar lugar a confusiones o falsas interpretaciones.

OCTAVA.- No hay cabida para que exista la tentativa en el delito de inseminación artificial una vez que se han realizado todos los actos tendientes a la consecución de la acción final, que es inseminar artificialmente a cualquiera de las sujetos pasivo, aún cuando el semen utilizado es de una persona estéril, esto en virtud de que el tipo penal no requiere que exista un embarazo para que la conducta sea sancionada, además de ser un acto considerado de mera actividad, entonces al realizar todos los actos tendientes a la persecución del fin, propiamente el delito ya está consumado. Sólo existirá el delito de inseminación artificial en grado de tentativa inacabada, cuando el sujeto activo realizó en parte los actos constitutivos de dicho ilícito, pero no pudo cumplir con su cometido en virtud de causas que no puede controlar por ser externas y ajenas a su voluntad.

DÉCIMA.- Sí existe la posibilidad de concurso de delitos en el delito de inseminación artificial, y en el ilícito de peligro de contagio, puesto que siendo el semen un fluido conductor de elementos virales, puede traer como consecuencia que el semen utilizado en la práctica de la inseminación artificial, se encuentre infectado, o bien, que el instrumental que utilizara se encuentre contaminado, con lo cual pone en peligro la salud de la ofendida. El precepto legal de peligro de contagio exige que el sujeto debe tener conocimiento de que padece una enfermedad grave en período infectante, y que la misma pone en peligro la salud de otro para que dé lugar al delito de peligro de contagio entonces, si mediante la comisión del delito de inseminación artificial, el activo hace uso de un semen que

no es el propio, y del cual tiene o no conocimiento que está infectado de alguna enfermedad grave en periodo infectante, a pesar de ello no será sancionado por este delito de peligro de contagio,

DÉCIMAPRIMERA.- No hay cabida para que exista concurso de delitos con el delito de violación, ni con el ilícito de abuso sexual, esto en virtud de que no hay una intención de carácter lascivo o sexual por parte del sujeto activo del delito de inseminación artificial al momento de desplegar su conducta.

DÉCIMASEGUNDA.- No hay uniformidad de criterios respecto a la inseminación artificial considerada como delito en los diversos códigos penales de las entidades federativas de la República Mexicana, y solamente los Estados de Coahuila, Morelos, San Luis Potosí, Tabasco y Veracruz, tipifican a la inseminación artificial como delito. Considerándose que no es porque las otras entidades no se encuentren preparadas para legislar sobre éste tema, sino por el contrario, los legisladores no se han preocupado por alcanzar los adelantos científicos que ya se encuentran de forma latente en nuestro país.

PROPUESTA

Como se ha expuesto en el desarrollo del presente trabajo, el hecho de que el sujeto activo al desplegar su conducta, realice la comisión del delito de inseminación artificial señalado en el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal, en cualquiera de las sujeto pasivo, siendo en una mujer mayor de edad sin su consentimiento, en una menor de edad aún cuando otorgue su consentimiento o bien en una mujer incapaz para comprender la naturaleza del hecho o bien incapaz para resistirlo, conlleva a la posibilidad de que con su actuar afecte la integridad física de la ofendida e incluso del hijo producto de una fecundación, esto debido al contagio de alguna enfermedad de transmisión sexual de las consideradas como graves, como lo es la sífilis, la gonorrea, el Síndrome de inmunodeficiencia adquirida y la hepatitis B.

Pero muy a pesar de las repercusiones en la salud de la pasivo y en el hijo producto de esa actividad, no existe sanción alguna en contra del agente del delito, cuando utiliza un semen diverso al propio, siendo que el artículo 159 del Código Penal para el Distrito Federal señala el delito de peligro de contagio, lo siguiente:

“Al que sabiendo que padece una enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, siempre y cuando la víctima no tenga conocimiento de esa circunstancia, se le impondrán prisión de tres meses a tres años y de cincuenta a trescientos días multa.

Si la enfermedad padecida fuera incurable, se impondrán prisión de tres meses a diez años y de quinientos a dos mil días multa. Este delito se perseguirá por querrela de la víctima u ofendido.”

Entonces, si mediante la comisión del delito de inseminación artificial, el activo hace uso de un semen que no es el propio, no será sancionado por este delito de peligro de contagio, no se presenta concurso de delitos, ya que el citado precepto legal, solo exige que el activo sea quien padezca la enfermedad, y como se expuso en el presente trabajo, la inseminación artificial puede llevarse a cabo no solamente con semen del activo sino de cualquier otra persona; entonces independientemente de que el activo sepa que el semen que es de un tercero se encuentra infectado, dicha conducta no se encuentra tipificada como delito en nuestra legislación penal.

Además, al realizar una inseminación artificial, ésta se consuma como un medio de reproducción asistida es decir, nunca existirá la cópula para llevarla a cabo, sino por el contrario, el activo se ayudará de instrumentos que le permitan realizar una fecundación, que al fin y al cabo es el objetivo de toda inseminación artificial; por consiguiente en la figura jurídica del concurso de delitos de la inseminación artificial con el delito de peligro de contagio, nunca podrá configurarse mediante relaciones sexuales, solamente con la introducción del semen infectado que deberá ser del sujeto activo, el cual a su vez deberá tener conocimiento de esta situación, exigiendo además el tipo penal de peligro de contagio que la víctima no sepa que dicho semen se encuentra infectado.

Se debe corregir dicha situación, pues no es concebible el hecho de que el agente del delito de inseminación artificial, además de realizar una afectación en el bien jurídico protegido, provoca una alteración en la salud de la ofendida o incluso en el hijo producto de esa inseminación artificial; asimismo, no solamente debe ser considerado un concurso de delitos el de inseminación artificial y el de lesiones para que exista alguna sanción en contra del agente al provocar una enfermedad de transmisión sexual de las mencionadas, esto por el daño que conllevan, tanto físico como psicológico y en algunos casos un daño incurable, irreparable y que puede dar lugar al fallecimiento de los infectados.

Se encuentra respaldada esta postura en lo que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que es el derecho a la vida y la protección a la salud con que todo individuo que se encuentre en territorio mexicano cuenta y establecido en las garantías individuales, siendo que nuestra Carta Magna de manera implícita protege el derecho a la vida en su artículo 1º, así como en todas las demás normas que establecen los derechos fundamentales del ser humano, en tanto que todos ellos son interdependientes y se complementan entre sí, puesto que la vida hace posible la existencia y el disfrute de los demás derechos fundamentales; estipulando el artículo 1º entre otras cosas que todos los individuos gozarán de las garantías que otorga la Constitución, las cuales no pueden restringirse ni suspenderse, sino en los precisos casos que ella misma establece. Estando protegido el derecho a la salud de la ofendida y del hijo producto de esa inseminación artificial por el artículo 4º constitucional.

Existiendo la posibilidad de que a la sujeto pasivo se le transmita alguna enfermedad grave como la *sífilis*, *gonorrea*, *Síndrome de inmunodeficiencia adquirida (VIH) o (SIDA)* y la *hepatitis B* o bien, cualquier otra que ponga en peligro su vida, ya sea por la utilización de algún instrumento que contenga dicha enfermedad o bien porque se utilizó semen del propio sujeto activo o de un tercero sabiendo el peligro que esto implica, y no solamente eso, sino que el contagio se puede provocar en el hijo o hijos producto de esa inseminación artificial, situación que sería por más desastrosa debido a las implicaciones que esto conlleva en el recién nacido como pudiera ser la ceguera o enfermedades congénitas, u otra afectación igual de grave en la salud.

Por lo cual se propone que dentro del mismo artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal en un segundo párrafo se considere como otro agravante el hecho de que el sujeto activo al realizar la inseminación artificial “contagie” a la sujeto pasivo o bien al hijo o hijos producto de esta práctica.

Entonces a las agravantes de violencia y ante la presencia de un embarazo, se considerara al “contagio” como una más, aumentándose la pena de prisión, para quedar como sigue:

“Artículo 150.

(...)

Si a consecuencia de la inseminación artificial existe contagio de algún tipo de enfermedad de transmisión sexual, ya sea en la ofendida o en el hijo o hijos producto de dicha actividad, además de la pena señalada en el párrafo anterior, se aplicará pena de prisión de uno a cuatro años cuando la transmisión se trate de alguna enfermedad grave en periodo infectante y, de dos a diez años de prisión en caso de que la enfermedad sea incurable; en ambos casos se deberá cumplir con el pago de tratamiento médico indispensable que se requiera.

(...)

Adición que es necesaria y justa toda vez que el sujeto activo sabe que con el instrumental y con el semen utilizado para inseminar artificialmente a la ofendida puede contener algún tipo de virus con el que se realice contagio de cualquiera de las enfermedades de transmisión sexual señaladas; además, se vislumbra de antemano que al utilizar el semen que será depositado en el aparato reproductor de la mujer existe de manera latente el riesgo de que se produzca algún tipo de contagio en la mujer ofendida o bien, en el futuro hijo de ésta; máxime si el semen que se utiliza es el propio, ya que de igual forma existe el riesgo de la transmisión de alguna enfermedad sexual por las repercusiones que conlleva un método de reproducción asistida de esta naturaleza, más aún si el sujeto presenta algún síntoma o está siendo atendido medicamente debido a esa circunstancia.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALLER, Juan y Gustavo Pagés. **Infertilidad. Fisiología, Diagnóstico y Tratamiento.** Ediciones Amolca, Venezuela, 2006.
2. ANTOLISEI, Francisco. **El Estudio Analítico del Delito.** Trad. E. Ricardo Franco Guzmán. Anales de Jurisprudencia, México, 1954.
3. ARILLA BAS, Fernando. **Derecho Penal. Parte General.** Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2001.
4. BERHAM, Richard E, Roberto M. Kilegman y Hal B. Jenson. **Nelson. Tratado de Pediatría.** Decimoséptima edición, Editorial Elsevier, España, 2004.
5. BESTARD CAMPS, Joan, et al. **Parentesco y Reproducción Asistida: Cuerpo, Persona y Relaciones. (Estudis d' Antrología Social i cultural; 9).** Editorial Universitat de Barcelona, España, 2003.
6. BOTELLA LLUSIÁ, José y José A Clavero Núñez. **Tratado de Ginecología. Fisiología, Obstetricia, Perinatología, Ginecología, Reproducción.** Catorceava edición, Ediciones Díaz de Santos, S.A., Madrid España, 1993.
7. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Control Social y Sistema Penal.** Editorial Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1987.
8. CARCABA FERNÁNDEZ, María. **Los Problemas Jurídicos Planteados por las Nuevas Técnicas de Procreación Asistida.** J. M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1995.
9. CARRANZA LIRA, Sebastián. **Fundamentos de Endocrinología Ginecológica y Reproductiva.** Editorial Masson Doyma, México, 2003.
10. CARRARA, Francesco. **Programa del Curso de Derecho Criminal.** Tomo II. trad. de Sebastián Soler de la Onceava edición italiana, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1944.
11. CASTELLANOS, Fernando. **Lineamientos Elementales de Derecho Penal. (Parte General).** Cuadragésima cuarta edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2003.
12. CEREZO MIR, José. **Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito.** Editorial Tecnos, S.A., Madrid, España, 1994.

13. CÓRDOBA, Jorge Eduardo y Julio C. Sánchez Torres. **Fecundación Humana Asistida. Aspectos Jurídicos Emergentes.** Alveroni Ediciones, Argentina, 2000.
14. CRUZ y CRUZ, Elba. **Teoría de la Ley Penal y del Delito.** Editorial Iure, México, 2006.
15. DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. **Tipicidad e Imputación Objetiva.** Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 1998.
16. FIORE, Carlo. **El Desafío de la Bioética.** Editorial San Pablo, Bogotá, Colombia, 2004.
17. GALETTA DE RODRÍGUEZ, Beatriz y Agustín W. Rodríguez. **Fundamentos de Derecho Penal y Criminología.** Editorial Juris, Argentina, 2001.
18. GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. **Dogmática Penal en la Legislación Mexicana.** Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2003.
19. GARRIDO MONTT, Mario. **Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación.** Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1984.
20. GISBERT, Calabuig. **Medicina Legal y Toxicología.** Sexta edición, Editorial Elsevier, Barcelona, España, 2005.
21. GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. **Derecho Penal Mexicano. Parte General y Parte Especial. Metodología jurídica y desglose de las constantes, elementos y configuración de los tipos penales.** Sexta edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
22. HEINRICH JESCHECK, Hans. **Tratado de Derecho Penal. Parte General.** Traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Cuarta edición, Editorial Comares Granada, España, 1993.
23. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. **Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida.** Quinta edición, Editorial Trillas, México, 2004.
24. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Teoría del Delito.** Editorial Iure Editores, México, 2003.
25. ~~JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis.~~ **Tratado de Derecho Penal.** Tomo IV. Cuarta edición, Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, Argentina, 1983.
26. ~~JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis.~~ **Tratado de Derecho Penal.** Tomo II. Traducción de Luis Jiménez de Asúa. Veinteava edición, Editorial Reus, Cuarta edición en español, Madrid, 1999.

27. L. INGRAHAM, John y Catherine A. Ingraham. **Introducción a la Microbiología.** Editorial Reverté, S.A., España, 1998.
28. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. **Teoría del Delito.** Quinta edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2003.
29. LÓPEZ GARCÍA, María Luisa. **Educación Afectivo-Sexual. Planteamiento integrado e interdisciplinar y veinte unidades didácticas. 1. Orientaciones básicas para el profesorado.** Editorial Narcea, S.A., de ediciones. Madrid, España, 1995.
30. MALO CAMACHO, Gustavo. **Derecho Penal Mexicano. Teoría General de la Ley Penal. Teoría General del Delito. Teoría de la Culpabilidad y el Sujeto Responsable. Teoría de la Pena.** Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1998.
31. MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. **Derecho Penal Parte General.** Cuarta edición, Editorial Trillas, México, 1997.
32. MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria. **Nuevas Formas de Procreación y el Derecho Penal. Protección Jurídica de la Entidad Humana en Desarrollo. Distintos Enfoques Sobre Procreación Asistida. Ingeniería y Manipulación Genética.** Encuadre Jurídico, Editorial AD-HOC S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 2001.
33. MAURACH, Reinhart. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Teoría General del Derecho Penal y Estructura del Hecho Punible.** Traducción de Jorge Bofill Genzsch y otro. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1994.
34. MIR PUIG, Santiago. **Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático del Derecho.** Segunda edición, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1982.
35. MOORE, David P. y James W. Jefferson. **Manual de Psiquiatría Médica.** Segunda edición, Editorial Elsevier, España, 2005.
36. MOORE, Keith L. **Embriología Clínica.** Séptima edición, Editorial Elsevier, España, 2004.
37. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría General del Delito.** Tercera edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
38. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. **Curso de Derecho Penal. Parte General.** Segunda edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
39. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. **Teoría del Delito. Sistemas Causalista, Finalista y Funcionalista.** Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2007.

40. OSORIO Y NIETO, César Augusto. **Síntesis de Derecho Penal. Parte General.** Tercera edición, Editorial Trillas, México, 1990.
41. PALOMERO, Guillermo, et al. **Lecciones de Embriología.** Editorial Universidad Oviedo, España, 2000.
42. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General.** Decimasexta edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2002.
43. PÉREZ DAZA, Alfonso. **Derecho Penal. Introducción.** Daza Canseco Editores, México, 2002.
44. PÉREZ KASPARIÁN, Sara. **Manual de Derecho Penal.** Editorial Porrúa. México, 2009.
45. PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. **Teoría del Delito.** Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004.
46. POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal.** Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2001.
47. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. **Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal.** Dieciochoava edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 1999.
48. RAMON, Olga y Roberto Matorras. **Tratado de Reproducción Humana para Enfermería.** Editorial Medica Panamericana, España, 2008.
49. REVERTE COMA, José Manuel. **Las Fronteras de la Medicina: límites éticos, científicos y jurídicos.** Ediciones Díaz de Santos, Madrid España, 1983.
50. REYES ALVARADO, Yesid. **Imputación Objetiva.** Segunda edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1996.
51. REYES ECHANDIA, Alfonso. **Culpabilidad.** Tercera edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1991.
52. REYES ECHANDIA, Alfonso. **Obras Completas. Tomo I. Derecho Penal, Tipicidad y Culpabilidad.** Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1998.
53. ROMERO GÓMEZ, Francisco Javier. **Genética y Derecho.** Cuadernos de Derecho Judicial VI. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, España, 2004.

54. SANDOVAL DELGADO, Emiliano. **Circunstancias Eximentes de la Responsabilidad Criminal en el Derecho Penal Mexicano.** Ángel Editor, México, 2000.
55. SIERRA, Hugo Mario y Alejandro Salvador Cantaro. **Lecciones de Derecho Penal. Parte General.** Red de Editoriales Universitarias Nacionales, Argentina, 2005.
56. SILVA SILVA, Hernán. **Medicina Legal y Psiquiatría Forense. Medicina Legal.** Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991.
57. SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. **Biogenética, Filiación y Delito. La Fecundación Artificial y la Experimentación Genética ante el Derecho.** Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1990.
58. TARASCO, Martha y Javier Marcó. **Diez Temas de Reproducción Asistida.** Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, España, 2001.
59. TORTORA, J. Gerard. **Introducción a la Microbiología.** Novena edición, Editorial Medica Panamericana. Argentina, 2007.
60. TORTORA, J. Gerard y Nicholas P Anagnostakos. **Principios de Anatomía y Fisiología.** Quinta edición, Editorial Harla, México, 1989.
61. UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. **Teoría de la Ley Penal y del Delito: Legislación, Doctrina, Jurisprudencia y Casos Penales.** Editorial Porrúa, México, 2006.
62. VOLCY, Charles. **Lo malo y lo feo de los microbios.** Editorial Unibiblos, Colombia, 2004.
63. WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán.** Traducción Juan Bustos Ramírez y Sergio Pérez. Cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002.
64. WELZEL, Hans. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista.** Editorial B de f. Traducción de José Cerezo Mir, Buenos Aires, Argentina, 2002.
65. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal. Parte General.** Sexta edición, Editorial Ediar, S.A. Buenos Aires, 1988.
66. Autor: Anónimo. **300 Preguntas y Respuestas sobre Derecho Penal (Parte General) Teoría del Delito. Análisis doctrinal, Legislativo y Jurisprudencial.** Libro 9. Editorial Sista, México, 2006.

ENCICLOPEDIAS, DICCIONARIOS, DICCIONARIOS MÉDICOS Y DICCIONARIOS JURÍDICOS CONSULTADOS

1. Diccionario de Medicina Mosby. Editorial Océano, España, 1994.
2. Diccionario del Español Actual. SECO REYMUNDO, Manuel, et al. Grupo Santillana de Ediciones, S.A., Madrid, 1999.
3. Diccionario Etimológico Español e Hispano. GARCÍA DE DIEGO, Vicente. Editorial S.A.E.T.A., Madrid, 1954.
4. Diccionario Jurídico Mexicano. México. Editorial Porrúa: UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007.
5. Enciclopedia de la Salud. ¿Qué debemos hacer para disfrutar de una buena salud? S. RICHARDSON, Michael. Editorial Amat. Barcelona, España, 2004.
6. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo VI. Editorial Bibliográfica Omeba, Argentina, 1991.
7. Enciclopedia Jurídica Omeba. T. X. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1959,

LEGISLACIÓN CONSULTADA

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Isef, S.A. de C.V. México, 2011.
2. Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal. Gaceta Oficial para el Distrito Federal. Décima Sexta Época. Número 136. Decreto de Ley de Sociedad de Convivencia Para el Distrito Federal.
3. Código Penal para el Distrito Federal. Agenda Penal Ediciones Fiscales ISEF, S.A., México, 2011.
4. Código Civil para el Distrito Federal. Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Sista, México 2011.
5. Código Civil para el Distrito Federal. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Editorial Sista, México 2011.

6. Gaceta Oficial del Distrito Federal. Decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. México, Distrito Federal. 29 de diciembre del 2009. págs. 525-526.

7. Gaceta Oficial del Distrito Federal. Decreto de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal. México, Distrito Federal. 16 de noviembre del 2006. pág. 3.

JURISPRUDENCIA Y TESIS AISLADAS EMITIDAS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

1. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Instancia: Primera Sala. Vols. 151-156 Segunda Parte. Tesis Aislada.

2. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Instancia Primera Sala. Vols. 139-144, Segunda Parte. Tesis Aislada.

3. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Instancia Primera Sala. Apéndice de 1995. Tomo II. p. 84. Tesis 148.

4. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIII. Novena Época. Instancia: Primera Sala. Enero de 2006. Página: 11. Tesis: 1a./J. 151/2005.

REVISTAS JURÍDICAS CONSULTADAS

1. Artículo: Tipo Penal o Cuerpo del Delito. Dilema jurídico. (Crítica Jurisprudencial). Autor: Licenciado JIMÉNEZ LÓPEZ, Jorge Guadalupe. (Juez Sexto Civil). Revista Jurídica del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco, número treinta y siete, Enero-Febrero, 2003.

PÁGINAS WEB, REVISTAS Y/O LIBROS ELECTRÓNICOS CONSULTADOS.

1. Banco de Esperma Centro de Fertilidad de California; establecido en 1980. Artículo.- Inseminación Artificial [en línea]. <http://www.spermbankcalifornia.com/inseminacion-artificial.html>.

2. Banco de semen/cfhm. Artículo.- Catálogo de Donadores. <http://www.bancoesperma.com.mx/bloques.html>.
3. Centro de Fertilidad Humana, Sociedad Anónima de Capital Variable. ...Damos Vida. Artículo.- Donación de Esperma e Inseminación Artificial [en línea]. <http://www.centrodefertilidad.com/articulo_6.htm>
4. Clínica Eugin. Artículo.- ¿Qué diferencia hay entre esterilidad e infertilidad? [en línea]. <http://www.eugin.net/faq/Qu%C3%A9_diferencia_hay_entre_esterilidad_e_infertilidad_faqs_detalle.html?id=17>
5. Doctoralia España S.L. Artículo.- Inseminación Artificial [en línea]. <<http://www.doctoralia.es/pruebamedica/inseminacion+artificial-2080>>
6. Infogen. Artículo.- Infórmate para que tu hijo nazca sano. [en línea]. 16 de junio del 2011. <http://www.infogen.org.mx/Infogen1/servlet/CtrlVerArt?clvart=11052>.
7. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Legislación Federal. [en línea]. <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/176.htm?s>>
8. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Legislación Federal. [en línea]. <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s=>>
9. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Legislación Local. [en línea]. <<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/323/157.htm?s=>>
10. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Legislación local. [en línea]. <<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/6/173/412.htm?s=>>
11. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Legislación local. [en línea]. <<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/18/631/163.htm?s=>>
12. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Legislación local. [en línea]. <<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/25/892/167.htm?s=>>
13. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Legislación local. [en línea]. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/28/1005/155.htm?s=>
14. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Legislación local. [en línea]. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/31/1119/165.htm?s=>
15. Ley General de Salud. Diario Oficial de la Federación [en línea] <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/Combo/L-153.pdf>. Última reforma publicada el 20 de agosto de 2009.

16. Portalmundos.com. Artículo.- Requisitos a cumplir para ser donante de semen. [en línea]. <<http://mundobebes.portalmundos.com/requisitos-a-cumplir-para-ser-donante-de-semen/>>
17. Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud. Diario Oficial de la Federación. [en línea]. <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/Combo/R-123.pdf>>
18. Salud y Medicinas.com.mx. Artículo.- Cómo funciona un banco de semen en México.- SERRANO, Raúl. [en línea]. <http://www.saludymedicinas.com.mx/nota.asp?id=2129>.
19. Wikipedia La Enciclopedia Libre. Artículo: Ligadura de Trompas [en línea]. <http://es.wikipedia.org/wiki/Ligadura_de_trompas>

HEMEROGRAFÍA CONSULTADA EN MEDIOS ELECTRÓNICOS

1. El Universal. Artículo.- Instalan en el DF Banco de Semen.- ALCARAZ, Yetlanezi. 19 de febrero de 2004. [en línea]. http://www2.eluniversal.com.mx/pls/impreso/noticia.html?id_nota=57265&tabla=ciudad