

567
24



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"ENSAYO DOGMATICO SOBRE EL DELITO DE
PELIGRO DE CONTAGIO Y EL SINDROME DE
INMUNODEFICIENCIA ADQUIRIDA".

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

ARTURO OLGUIN MARTINEZ



FALLA DE ORIGEN

CIUDAD UNIVERSITARIA,

MEXICO, D.F.

1989



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 está 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.

I N D I C E:CAPITULO I

	PAG.
I.- ASPECTOS GENERALES SOBRE EL DELITO DE PELIGRO DE CONTAGIO.	
I.1. Definición Etimológica del Concepto	1
I.1.1. Formas Genéricas de Contagio.	7
I.1.2. Cuadro Tradicional de Enfermedades Epidemiológicas	16
I.1.3. Riesgos más Frecuentes Sufridos -- por Individuos Contagiados.	20
I.2. Redacción del Artículo 199 Bis del Código Penal.	32
I.2.1. Cuadro Tradicional de Enfermedades llamadas Venéreas	35
I.2.2. Formas Específicas de Contagio de Enfermedades llamadas Venéreas.	36
I.3. Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida - (SIDA), una Realidad Social que obliga a la Revisión del Artículo 199 Bis del Código Penal	37
I.3.1. Situación Actual del SIDA en México.	37
I.3.2. Medidas Adoptadas por el Sector Salud para la Detección y Seguimiento de Enfermedades Transmisibles.	46
I.3.3. Formas Específicas de Contagio por VIH, (Virus de la Inmunodeficiencia Humana)	58
I.3.4. Riesgos Sufridos por Personas Contagiadas por algún mal Venéreo o por Virus de la Inmunodeficiencia-Humana.	62

CAPITULO II

II.- CONDUCTA Y SU ASPECTO NEGATIVO.

II.1. Generalidades: Conducta o Hecho en el - Delito de Peligro de Contagio.	80
II.2. Elementos del Delito de Peligro de Con- tagio.	90
II.3. Clasificación en Orden a la Conducta . . .	91
II.4. Clasificación en orden al resultado. . . .	96
II.5. Relación de Causalidad de la Conduc- ta o Hecho	105
II.6. Ausencia de Conducta	105

CAPITULO III

III.- TIPICIDAD Y SU AUSENCIA.

III.1. Tipo y Tipicidad: Distinción, Concep- to y Función	110
III.2. Elementos del Tipo	124
III.3. Clasificación en Orden al Tipo	132
III.4. Ausencia de Tipo	134
III.5. Atipicidad	135

CAPITULO IV

IV.- LA ANTIJURICIDAD Y SUS CAUSAS DE LICITUD.

IV.1. La Antijuricidad, su Naturaleza	140
IV.2. Doctrina Dualista de Franz Von Liszt. . . .	143
IV.3. Antijuricidad Formal y Material en el Delito de Peligro de Contagio	146

IV.4. Causas de Justificación y Otros Aspectos Negativos	148
--	-----

CAPITULO V

V.- LA IMPUTABILIDAD, LA CULPABILIDAD Y SU AUSENCIA.

V.1. La Imputabilidad: Presupuesto Lógico-Jurídico de la Culpabilidad	171
V.2. Responsabilidad y Acciones Libres en su Causa	173
V.3. La Inimputabilidad	177
V.4. Definición de Culpabilidad	183
V.5. Teoría Psicológica y Normativista de la Culpabilidad	184
V.6. Formas de Culpabilidad	187
V.6.1. Dolo	188
V.6.2. Culpa.	196
V.6.3. Preterintención	199
V.7. Inculpabilidad.	202

CAPITULO VI

VI.- LA PUNIBILIDAD Y SUS EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

VI.1. Breve Referencia a las Condiciones Objetivas de Punibilidad	210
VI.2. La Punibilidad, su Naturaleza.	212
VI.3. La Punibilidad en el delito de Peligro de Contagio	215
VI.4. Excusas Absolutorias	219

CAPITULO VII

VII.- LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y EL DELITO DE PELIGRO DE CONTAGIO.

VII.1. Naturaleza de las Medidas de Seguridad..	220
VII.2. Clasificación de las Medidas de Seguridad	225
VII.3. Formas para Determinar la Aplicación - de las Medidas de Seguridad.	233
VII.4. Medidas de Seguridad Administrativas, - Falta de Aplicación, por parte de la <u>Au</u> toridad Sanitaria, para la Prevención- del SIDA	239

CAPITULO VIII

VIII.- FORMAS DE APARICION DEL DELITO.

VIII.1. Iter Criminis	244
VIII.2. Tentativa	246
VIII.2.1. Diveras Formas de Tentativa	247
VIII.3. Delito Imposible	251
VIII.4. Delito Consumado	254
VIII.5. Concurso de Personas en el Delito.	255
VIII.5.1. Formas:	
a) Participación Necesaria..	255
b) Participación Eventual- o Contingente	256
VIII.5.2. Clases:	
a) Autor Intelectual	256
B) Autor Material	257

	PAG.
c) Coautor	257
d) Autor Mediato	258
e) Cómplice.	258
f) Encubrimiento	259
VIII.6. Concurso de Delitos:	
a) Concurso Ideal o Formal, y.	260
b) Concurso Material o Real.	270
C O N C L U S I O N E S	272
B I B L I O G R A F I A	313

I. ASPECTOS GENERALES SOBRE EL DELITO DE PELIGRO DE CONTAGIO.

1.1.- Definición Etimológica del Concepto.

Antes de entrar de lleno al desarrollo y análisis de cada uno de los elementos, tanto positivos como negativos, que conforman el presente ensayo dogmático sobre el delito denominado "Del Peligro de Contagio", (tipificado en el -- TITULO SEPTIMO, intitulado "Delitos Contra la Salud", Capítulo II, Artículo 199 Bis del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal), haremos algunos comentarios y consideraciones de carácter general sobre los dos vocablos principales que conforman el nombre del Capítulo y del delito sobre el cual enfocaremos el presente estudio, es decir, sobre los conceptos:

- a) Peligro, y
- b) Contagio.

a) Concepto de Peligro:

La teoría y los grandes diccionarios de la Lengua Española, están de acuerdo en considerar que el citado concepto proviene del latín "periculum", el cual fue anotado por primera vez por el jurista Decio en los primeros siglos de nuestra historia; dicho concepto significa en términos generales riesgo, azar o contingencia inminente de que suceda algún mal.

Por otro lado, y como sucede en la mayoría de las ramas de las ciencias sociales, cuando se trata de conceptua-

lizar o definir una idea, los teóricos han desarrollado -- una numerosa cantidad de ramificaciones del mencionado concepto; así tenemos que para algunos, y desde el punto de vista no material, se identifica plenamente con la definición antes mencionada; es decir, es el riesgo, azar, exposición o contingencia de no conseguirse, de malograrse o de incurrir en algún perjuicio o daño especial o moral; en tanto que para otros el peligro puede definirse desde el punto de vista jurídico o desde el punto de vista de la libertad de acción.

Las tres últimas clasificaciones del concepto de peligro las encontramos en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, el cual manifiesta:

"... 1.- Liberación.- Olvidando los deberes militares, que lo tornan substancial en lo bélico y en el ejercicio de profesiones civiles, como la del médico y en oficios de solidaridad humana, cual el de los bomberos, y nada hay que decir de los que deben localizar y detener a -- los malhechores, un adagio romano, que conviene circunscribir a las obligaciones meramente civiles y de asunción voluntaria expresa: "Periculum incurrere nemo tenetur" (Nadie se halla obligado a exponerse al peligro), en las palabras del jurisconsulto Decio.

1.- Ambito Jurídico.- El peligro, cuya trascendencia jurídica se considera principalmente en la voz riesgo y sus especies, se manifiesta de modo especial en los seguros, cuya compensación económica integran; en el matrimonio, ya que el peligro de muerte (V) permite la celebración instantánea de la ceremonia, con dispensa de todo trámite previo, y simplificación de autoridad y testigos; y -

en ciertos contratos en que a una de las partes se le cargan los perjuicios que de la propiedad, posesión o tenencia de una cosa se deriven, sobre todo en la compra-venta, el transporte y el depósito.

3.- En la Responsabilidad.- Enfocando la cuestión con respecto a la responsabilidad civil, por las cosas inanimadas, los Mezeauol y Tunc, declararon que el peligro se une, en no pocas resoluciones judiciales, al dinamismo propio; en tanto que se considera inofensivo lo inerte. Pero se observa que hay cosas inertes, tan peligrosas como las dotadas de dinamismo propio; así, una cuchilla de afeitar o un hoyo cubierto de ramaje para servir de trampa a un animal en el que puede caer también una persona inadvertida. A la inversa, existen cosas con dinamismo propio y -- que no presentan peligro alguno, como ciertos juguetes mecánicos. De ahí que deberá recurrirse más bien al criterio de la cosa dañosa..." (1).

En el campo del Derecho Penal el vocablo peligro no sólo se ha tomado como una idea abstracta para definir un concepto o situación determinada, sino que ha servido como uno de los criterios clasificadores en que se pueden dividir u ordenar los delitos; así por ejemplo los delitos se clasifican:

a) Por su gravedad: en crímenes, delitos y faltas, aunque en México, dicha clasificación, se constriñe exclusivamente a considerarlos como delitos.

(1). Cabanellas G. y Alcalá-Zamora L.: "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual". Pág. 178; Tomo V; Letra P-R; ED.-Heliasa; Ed.1979. Buenos Aires, Argentina.

b) Por la forma de conducta del agente: en delitos de acción, omisión simple y omisión compleja.

c) Por su resultado: en delitos formales-abstrac--tos o materiales-concretos.

d) Por el daño que causan: delitos de lesión y delitos de peligro.

e) Por su duración: en delitos instantáneos, permanente o continuo, continuado e instantáneo con efectos permanentes.

f) Por su elemento interno o culpabilidad: delitos con dolo, culpa o preterintención.

g) Delitos simples y complejos.

h) Delitos unisubsistentes y plurisubsistentes.

i) Delitos unisubjetivos y plurisubjetivos.

j) Por su forma de persecución: se clasifican en delitos perseguidos de oficio y de querrela.

k) Por su materia: en delitos del orden común, federal, delitos oficiales, militares y políticos.

l) Según su clasificación legal, se ordenan en función directa del índice de la parte especial del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal. ..

Tal y como se puede observar en la anterior clasificación general de los delitos, en el inciso d), se encuentran los llamados delitos de lesión y de peligro, recibiendo estos últimos tal denominación porque en ellos el concepto peligro significa la posibilidad inmediata y cognoscitiva de que se produzca un acontecimiento dañoso determinado; es decir, aquí lo que se toma en consideración es -- que con la conducta del agente no se causa un daño directo o inmediato al bien jurídico protegido, sino lo que se tipifica y en dado caso se incrimina es que la conducta misma del agente crea la posibilidad inmediata y cognoscitiva de que se produzca un daño al bien jurídico protegido.

La doctrina, en la actualidad, ha profundizado aún más en el análisis del mencionado precepto y lo ha clasificado en:

I.- Delitos de peligro concreto, y

II.- Delitos de peligro abstracto.

Es por ello que autores como Luis Jiménez de Azua -- han manifestado "... Los autores modernos acostumbran a -- diferenciar este grupo de delitos de peligro en delitos de peligro concreto y en delitos de peligro abstracto. En -- los primeros se exige, para que pueda decirse que el hecho encaja en el tipo, la demostración en cada caso de que -- realmente se ha producido el peligro. En cambio, en los -- segundos, si bien el delito representa un peligro específico de los bienes jurídicos protegidos, la consecuencia penal no depende de que se demuestre en el caso concreto la

situación de peligro especial." (2).

Hasta aquí hemos visto que el vocablo peligro se ha utilizado no solo para explicar un concepto, una idea o una situación determinada, sino que en el campo del Derecho Penal se ha utilizado, por un lado, como título de un delito en lo específico (Del Peligro de Contagio) y por otro, como criterio clasificador de los ilícitos.

A riesgo de parecer simplistas creemos que el legislador debió de suprimir esta última dualidad, con la finalidad de ser más sistemáticos en la redacción y clasificación de los delitos, ya que al parecer el Artículo 199 Bis es el único Artículo que para su denominación incluye en su redacción uno de los vocablos que a su vez es un criterio que sirve a la doctrina para el estudio y clasificación de los mismos. Con la anterior afirmación pretendemos fundamentar que el título del Artículo 199 Bis del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal cambie de denominación intitulándolo, en lo sucesivo, "Del Riesgo de Contagio".

b) Concepto de Contagio:

La palabra contagio proviene del latín "contagium" e implica la transmisión de una enfermedad específica por medio del contacto; dicho contacto puede ser directo o mediato e indirecto o inmediato.

De la anterior definición surge el cuestionamiento-

(2). "La Ley y el Delito", Pág. 216; ED.-Hermes; Ed. Tercera Edición, 1954. Buenos Aires, Argentina.

de qué es lo que debemos entender por contacto. En este sentido los diccionarios de la Lengua Castellana están de acuerdo en definir el contacto como la acción y efecto de tocarse dos o más cosas; es decir, dos o más cosas están en contacto cuando sus límites exteriores coinciden en el mismo lugar.

I.1.1.- FORMAS GENERICAS DE CONTAGIO.

Antes de exponer las formas o medios por los que un organismo sano puede ser contagiado por un organismo enfermo, consideramos de suma importancia y de gran utilidad, - por sus efectos pedagógicos, el citar algunos conceptos médicos que si bien parecerían exclusivos de las ciencias químico-biológicas, son conceptos que deben de ingresar al bagaje cultural de todo buen abogado, para que con su explotación coadyuve a lograr el fin social de la profesión. (ya como abogado postulante o como administrador de justicia).

En este sentido, entenderemos por enfermedad a toda aquella alteración más o menos grave que sufre la salud de un organismo animal o vegetal.

El anterior concepto es básico en las ciencias médicas porque a partir de él surgen y se fundamentan algunas disciplinas que estudian a las enfermedades, tales como la etiología, la patogenia, la sintomatología, la anatomía patológica, el diagnóstico y el pronóstico.

Enfocadas así las cosas, entenderemos por etiología a la disciplina médica que se encarga de la investigación

y el estudio de los factores que producen la enfermedad, o sea el estudio de las causas de las enfermedades. Estas causas pueden ser mecánicas, físicas, químicas y biológicas, y para los fines del presente trabajo éstas últimas serán las que más nos interesarán.

Definiremos a la Patogenia como la disciplina médica que se encarga de la investigación y el estudio de las características que tiene una enfermedad y su desarrollo en un determinado organismo.

La Sintomatología será la disciplina médica que se encarga de la investigación y el estudio de las manifestaciones externas que presenta un organismo enfermo, y en consecuencia, la Anatomía Patológica será la disciplina médica que se encarga de la investigación, estudio y descripción de los daños y alteraciones que produce una enfermedad en un organismo contaminado.

La distinción entre una enfermedad y otra, de acuerdo a sus características intrínsecas, se llama diagnóstico y por último, se denomina pronóstico a la predicción de la evolución y terminación de una enfermedad.

Hasta este momento sabemos y clasificamos a cada una de las ramas médicas que estudian a las enfermedades de acuerdo a sus causas, características, desenvolvimiento, manifestaciones y daño que causan, entre otros criterios; sin embargo, en éste trabajo, consideramos de interés presentar algunas clasificaciones de las mismas de acuerdo a su denominación, de acuerdo a su origen y por último, de acuerdo a sus formas de transmisión.

En este sentido podemos afirmar que hay enfermedades que se clasifican u ordenan en razón de los sufijos -- que se agregan al vocablo principal del concepto, así la terminación "itis" significa inflamación y en ella encontramos enfermedades como la apendicitis, bronquitis, angitis, amigdalitis, aortitis, artritis, etc.; la terminación "osis" significa tener o estado de..., por ejemplo tuberculosis significa tener tubérculos; esclerosis, estado de endurecimiento; neurosis, estado de tensión nerviosa, etc.; "-ismo" implica exceso o abundancia, por ejemplo: alcoholismo, tabaquismo, cafeismo, etc.; y "fobia" significa tener miedo a... por ejemplo la claustrofobia, hidrofobia; "trofia" cuyo significado implica la deformación de células u órganos, por ejemplo la abiotrofia que implica la degeneración inesperada y prematura de determinado tejido o conjunto de células, atrofia que implica debilidad y deformación muscular, etc.

Teniendo en cuenta las zonas o distribución geográfica en donde aparece una determinada enfermedad se puede clasificar en endémicas, epidémicas y pandémicas, las primeras se presentan cuando una enfermedad se da constantemente en una zona o región, las segundas, es decir las epidémicas, se dan cuando atacan a muchos seres y se extienden ampliamente en una determinada región, y por último, las enfermedades pandémicas se presentan cuando atacan a casi todo el mundo y se extiende en todo el planeta.

Teniendo en consideración la patogenia en determinado individuo se les podrá clasificar como agudas, si su acción es grave y breve, y crónicas si es larga y uniforme; se considerarán orgánicas si dan lugar a cambios en deter...

minados organismos y funcionales si implican cambios en la actividad de los mismos; serán locales si su acción se limita exclusivamente a determinado tejido y generalizada si la enfermedad afecta a varias partes del cuerpo humano.

Según su origen pueden clasificarse en congénitas, hereditarias o adquiridas.

Según su causa en infecciosas, parasitarias, traumáticas, tóxicas, neoplásicas, obstructivas y del metabolismo.

Según su manifestación en internas y externas.

Según la modalidad de su tratamiento, en médicas y quirúrgicas; por último, hay enfermedades que se clasifican o se denominan por el nombre de la persona o individuo que por primera vez las descubrió o que mejor las describió, así por ejemplo encontramos a la enfermedad de Addison, de Albright, de Alport, de Alstrom, de Bantf, de Basesdow, de Borneville, de Bill-Zinsser, de Chagas, de Farber, de Gilbert, de Hansen, de Heller, de Hodgkin, etc., etc.

Por su origen, como ya lo mencionamos en la parte superior, las enfermedades pueden clasificarse en congénitas, hereditarias y adquiridas; sin embargo, la mayoría de las enfermedades que atacan a los hombres son las denominadas contagiosas, es decir, adquiridas o transmisibles por contagio directo de hombre a hombre.

Numerosos pueden ser los agentes o vehiculos de - -

transmisión de las enfermedades, entre ellos encontramos a las bacterias, a los virus, a determinada clase de hongos y a otros organismos conocidos como rickettsias. (Que parecen ser organismos intermedios entre los virus y las bacterias).

"Las bacterias son seres unicelulares microscópicos que pertenecen al reino vegetal, pero sin clorofila. Se agrupan en la clase de esquizomicetas y se relacionan con los hongos y aún más con las algas. Son relativamente simples, y se pueden distinguir tres clases principales de bacterias: esféricas (cocos); cilíndricas o en bastones (bacilos) y helicoidales (espirilas o espiroquetas). Sus variaciones individuales dentro de una especie son muy acentuadas en dimensiones y reacciones de motilidad. Muchas especies carecen de núcleo diferenciado y se agrupan formando a veces cadenas, o bien masas o racimos." (3).

Los virus son los más pequeños microorganismos que se conocen, causantes de una gran variedad de enfermedades contagiosas, en virtud de que por su microdimensión pueden pasar a través de las barreras que detienen a las bacterias, son tan pequeños que solo se reproducen en el interior de las células de los seres vivos; por su conformación parecen ser la asociación más simple de moléculas proteínicas, que tienen la forma más elemental de vida y en tal circunstancia casi se confunde con materia inerte.

"... En la presente obra está permitido precisamente no considerarlos como origen de los seres vivientes, si

(3). "Enciclopedia Ilustrada Cumbre", Pág. 6; tomo 3, letra "C". ED.-Cumbre, S.A.; Ed.-Vigésima primera, edición, 1980, México, D.F.

no hacer de ellos unas formas citotrópicas obligatorias, - pertenecientes, probablemente, a algún ciclo de bacteria, - de espiroqueta o de rickettsia..." (4).

"... En el inestable destino de la virosis, a veces podría citar la eventual intervención de los huéspedes intermediarios, en los cuales los virus sufren cierta incubación; también se podría pensar en la acción posible de los equipos biocatalíticos (hormonas, diastasas, vitaminas de aportación) de los animales-depositarios que los cobijan o de portadores sanos ignorados; finalmente, se podrían señalar las modificaciones brutales iterativas que los gérmenes figurados no dejan de sufrir en los organismos humanos sucesivos, por medio de terapéuticas antibióticas intempestivas y demasiado repetidas. Por otra parte, hoy es posible tal como lo ha demostrado Lwoff, obligar a una bacteria, por la acción de agentes inductores fisicoquímicos, a transformar una partícula inofensiva en virus..." (5)

En el hombre estos pequeños microorganismos pueden causar enfermedades como la viruela, el sarampión, las paperas, la encefalitis, la hidrofobia, el catarro común, la fiebre amarilla, la poliomielitis y en la actualidad se ha descubierto que cierta clase de virus o retrovirus está -- produciendo la inmunodeficiencia humana.

Por lo que se refiere a las formas o medios de - -

(4). HARANT, HERVE: "Las Epidemias"; Pág. 24; ED.-OIKOS -- Tau, S.A., Ed.-Primera Edición en lengua castellana, 1971, Barcelona, España.

(5). HARANT, HERVE "Las Epidemias", Pág. 25; ED.-OIKOS Tau, S.A.; Ed. Primera edición en lengua castellana, 1971, Barcelona, España.

transmisión la teoría ha manifestado que ésta puede ser - por transmisión directa o individual, e indirecta, mediata o muerta; sin embargo aún no se han puesto de acuerdo que me dios integran una u otra forma.

Se dice que el contagio es directo o individual si se da de individuo a individuo, es decir si un cuerpo sano toca o es tocado por un organismo enfermo, ya sea por compartir su trato o su ambiente. En tanto que el contagio - indirecto, mediato o muerto se ocasiona porque un organismo sano toca objetos o cosas usadas por un organismo enfermo.

Algunos autores, en forma implícita o explícita, - aceptan la siguiente subclasificación:

Transmisión o Contagio Directo o Individual:

- a) Por estrechar la mano de una persona enferma.
- b) Respirar una atmósfera cargada de virus, como la habitación de un enfermo.
- c) Por vivir en malas condiciones sanitarias.
- d) Por ingerir alimentos en mal estado, o que se en cuentren contaminados por algún virus.
- e) Por beber agua contaminada.
- f) Por mordedura de algún animal, o picadura de insecto o ácaro.
- g) Contagio mucoso por el que se transmite la sifi-

lis y la blenorragia.

Transmisión Indirecta, Mediata o Muerta:

- a) Por utilizar objetos y prendas usadas anteriormente por un enfermo.

Para otros autores los modos de contaminación pueden ser:

- "Modos de Contaminación:

- a) Contagio directo de hombre a hombre.
- Vía cutánea, mucosa y respiratoria.
 - Sífilis, viruela, sarampión, difteria, paperas, peste pulmonar.
- b) Contaminación indirecta:
- Vía digestiva (sobre todo).
 - Agua.
 - Alimentos contaminados: verduras, mariscos, -- carnes y conservas.
 - Manos sucias.
 - Fiebre tifoidea, cólera, disentería, botulismo, salmonelosis.
 - Alimentos procedentes de huéspedes intermedios: Triquinosis.
- c) Transmisión (sin contagio); vía cutánea.
- Penetración de larvas por la piel.
 - Tipo: Anquilostomiasis, esquistosomosis.
 - Papel de los insectos:

Paludismo, filariosis, fiebre amarilla, enfermedad del sueño..." (6).

Para otros autores, como Rolando Armijo Rojas (7), - las enfermedades transmisibles se pueden agrupar en el siguiente orden:

"ENFERMEDADES TRANSMISIBLES"

- 1.- Enfermedades que se transmiten por vía respiratoria.
- 2.- Enfermedades que se propagan por vía digestiva.
- 3.- Enfermedades que se propagan por contacto directo, tales como las enfermedades venéreas y las infecciones intrahospitalarias.
- 4.- Enfermedades transmisibles de curso crónico.
- 5.- Enfermedades cuarentenables.
- 6.- Algunos Zoonosis.

La Ley General de Salud, al clasificar y agrupar a las enfermedades transmisibles, no se inclina específicamente por alguno de los criterios anteriores y en consecuencia, toma elementos de cada uno de ellos y clasifica a las enfermedades, algunas veces, por los órganos que afectan, otras por la etiología o factores que la causan; por-

(6). HARANT, HERVE: "Las Epidemias", Pág. 16; ED.-OIKOS, -- Tau, S.A.; Ed.-Primera Edición en lengua castellana, - 1971, Barcelona España.

(7). "Epidemiología"; Índice general. Tomo II Epidemiología Aplicada. Ed.-Intermédica; Ed.-Primera edición, - 1976, Buenos Aires, Argentina.

la vía idónea de transmisión, etc., aunque cabe hacer la aclaración que cada una de las enfermedades ahí enumeradas, pudieran ser clasificadas en dos o tres de los criterios que a continuación se mencionan:

- I.- Enfermedades infecciosas del aparato digestivo.
- II.- Enfermedades causadas por estreptococos.
- III.- Enfermedades causadas por microbacterias.
- IV.- Enfermedades causadas por bacterias que producen toxinas.
- V.- Enfermedades causadas por animales.
- VI.- Enfermedades virales transmitidas por artrópodos.
- VII.- Enfermedades virales transmitidas por difteros.
- VIII.- Enfermedades de transmisión sexual.
- IX.- Enfermedades infecciosas de la piel (se incluye a la micosis).
- X.- Enfermedades producidas por helmintos.
- XI.- Enfermedades producidas por protozoarios.

I.1.2.- CUADRO TRADICIONAL DE ENFERMEDADES EPIDEMIOLOGICAS.

En la actualidad, la Ley General de Salud en su -- TITULO OCTAVO, denominado "Prevención y Control de Enfermedades y Accidentes", CAPITULO II (llamado Enfermedades - - Transmisibles, Artículo 134), enumera las diferentes enfermedades transmisibles que se encuentran bajo vigilancia, --

prevención y control epidemiológico, facultando a la Secretaría de Salud a nivel Federal, y a los Gobiernos de los Estados en coordinación con ésta última, a desarrollar todas las actividades necesarias para alcanzar dicho objetivo.

Es en el "Reglamento para el Registro, Autorización y funcionamiento de los laboratorios de diagnóstico, de Propiedad Particular", publicado el 21 de Agosto de 1941, en donde por primera vez encontramos, en forma sistematizada, una relación de padecimientos transmisibles. En dicha relación se incluyeron 23 nombres genéricos de microorganismos de distintas enfermedades y entre ellas encontramos a la letospira, turalenia y la anquilostema, las cuales desaparecieron del cuadro de enfermedades transmisibles de 1955 y de 1984.

El Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de Marzo de 1955 (en el Libro II, Capítulo I, denominados "Profilaxis de las Enfermedades", sección primera de las "Enfermedades Transmisibles", en su Artículo 73), declara de interés público la campaña contra 54 enfermedades transmisibles, lo que representa el 135% de incremento con relación a la lista publicada en el año de 1941.

En la Nueva Ley General de Salud, en el capítulo correspondiente a las enfermedades transmisibles, se establece:

"Artículo 134.- La Secretaría de Salubridad y Asistencia y los Gobiernos de las Entidades Federativas, en sus respectivos ámbitos de competencia, realizarán acti

vidades de vigilancia epidemiológica, de prevención y control de las siguientes enfermedades transmisibles.

I. Cólera.

- Fiebre tifoidea.
- Paratifoidea.
- Shigelosis.
- Amibiasis.
- Hepatitis virales, y
- Otras enfermedades infecciosas del aparato digestivo.

II. Influenza Epidémica.

- Otras infecciones agudas del aparato respiratorio.
- Infecciones meningococcicas, y
- Enfermedades causadas por estreptococos.

III. Tuberculosis.

IV. Difteria.

- Tosferina.
- Tétanos.
- Sarampión.
- Poliomielitis.
- Rubeola, y
- Parotiditis infecciosa.

V. Rabia.

- Peste.
- Brucelosis, y
- Otras zoonosis. En estos casos, la Secretaría.

rfa de Salud coordinará sus actividades con la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos.

VI. Fiebre Amarilla.

- Dengue, y
- Otras enfermedades virales transmisibles por artrópodos.

VII. Paludismo.

- Tifo.
- Fiebre recurrente transmitida por piojo.
- Otras rickettsiosis.
- Leishmaniasis.
- Tripanosomiasis, y
- Oncocercosis.

VIII. Sífilis.

- Infecciones gonocócicas, y
- Otras enfermedades de transmisión sexual.

IX. Lepra y mal del pinto.

X. Micosis profunda.

XI. Helmintiasis y extraintestinales.

XII. Toxoplasmosis.

Por reformas al Artículo 134 de esta Ley General de Salud, se adicionó la fracción XIV y se modificó la descripción de la fracción XIII, quedando como sigue:

XIII. Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida.

XIV. Las demás que determinen el Consejo de Salubridad General y los tratados y convenciones Internacionales en las que los Estados Unidos Mexicanos sea parte.

I.1.3.- RIESGOS MAS FRECUENTES SUFRIDOS POR INDIVIDUOS CONTAGIADOS.

En esta parte de nuestro trabajo, trataremos de exponer, en forma sintetizada, los daños primarios y más frecuentes a los que se puede enfrentar o puede padecer un individuo infectado por alguna de las enfermedades transmisibles, de las enunciadas en el Artículo 134 de la Ley General de Salud, así como los medios más frecuentes por los que se transmiten dichas enfermedades, con la finalidad de resaltar la forma directa o indirecta con que se puede efectuar el contagio.

Es importante resaltar que por no ser este el objeto principal de nuestro estudio, ni el hecho de querer presentar a ustedes un tratado de medicina interna, no procederemos al análisis y exposición de los 41 incisos enunciados en el Artículo 134 de la Ley General de Salud, sino -- que, con base a los criterios de ordenación utilizados por los técnicos del Sector, tomaremos y expondremos a manera de ejemplo una o dos enfermedades relacionadas en cada uno de los criterios bajo los cuales fueron clasificados dichos padecimientos, retomando única y exclusivamente aquellos que son más frecuentes y por lo tanto más reconocidos por el grueso de la población de nuestro País.

..

Es obligado hacer la aclaración, en aras de lograr una mayor objetividad y seriedad en el presente trabajo, - que todas las síntesis de las enfermedades que a continuación se exponen son precisamente síntesis tomadas del libro de "Medicina Interna de Harrison". (8).

CÓLERA.- Es una enfermedad aguda, resultante de - la colonización del intestino delgado por vibrio cholerae; este virus produce una exotoxina que parece ser la responsable de todas las aberraciones fisiopatológicas conocidas en el cólera. Esta exotoxina provoca una secreción de líquido isotónico por todos los segmentos del intestino delgado, pero no tiene efectos importantes en la absorción de electrolitos por el intestino.

El efecto fisiopatológico básico del cólera es la depleción de líquido extracelular con choque hipovolemico, acidosis por déficit de bases y depleción progresiva de potasio. No hay pruebas convincentes de que el vibrón del cólera invada algún tejido, ni se ha demostrado que en la enfermedad humana la exotoxina afecte cualquier otro órgano además del intestino delgado.

La incubación del vibrón del cólera se inicia por la inoculación directa del virus por ingerir agua y alimentos contaminados. En las epidemias que se han sucedido a lo largo de la historia, se ha comprobado que la transmisión se ha dado a través del agua, pero la contaminación directa de los alimentos por heces infectadas cons-

(8). Wintrobe, Thorn, Adams, Bennett, HARRISON, Braun - - Wald, Isselbacher y Ptersdorf; ED.- La Prensa Médica Mexicana; Ed.- 4a. Edición en español; Páginas: - - 2298.

tituye el factor principal del contagio de la enfermedad.

FIEBRE TIFOIDEA.- Es una infección generalizada - exclusiva del hombre, los síntomas predominantes son fiebre, cefalalgia, dolor abdominal, alteraciones del funcionamiento intestinal, anorexia y lasitud. Los tejidos linfáticos, faríngeos y los ganglios periféricos se encuentran aumentados de volumen; posteriormente el bazo y el hígado se vuelven palpables.

Podríamos afirmar que la infección por salmonella typhosa, se efectúa por contagio indirecto o mediato, aunque algunas ocasiones puede afirmarse que se da por contagio directo, ya que el germen de Salmonella typhosa solo reside en el hombre y se perpetúa en la naturaleza por medio de la defecación de personas infectadas, con lo cual y dado el ciclo de procesamiento de alimentos vegetales y animales, éstos organismos infectan agua, leche y alimentos ingeridos por personas sanas.

INFLUENZA EPIDEMICA.- Es una enfermedad infecciosa aguda de las vías respiratorias producida por un virus específico y caracterizada por la aparición brusca de cefalalgia, mialgia, fiebre y postración. Los términos de influenza y "gripe" solo se utilizaron en aquellos casos en que haya una franca epidemia.

Las principales complicaciones de la influenza son las infecciones bacterianas secundarias de los senos paranasales, oído medio, bronquios y pulmones. La complicación más grave ha sido la neumonía estafilocócica, cuya evolución tiende a ser fulminante y a menudo mortal. Si ..

no hay complicaciones la recuperación completa a menudo se logra en dos o tres días, pero puede requerir una semana; la convalecencia puede prolongarse a causa de la "astenia-post-infecciosa" y la depresión, sobre todo en personas de edad avanzada.

La historia de la enfermedad ha demostrado que se contrae, por regla general, por contagio directo o individual, ya sea por estrechar la mano de una persona enferma, o por respirar una atmósfera cargada de virus.

INFECCIONES MENINGO COCCICAS.- Se definen como -- las variadas manifestaciones que causan la invasión de meningococos al hombre; fundamentalmente invaden la nasofaringe del individuo, aunque solo producen sintomatología - en unos cuantos. Se produce una enfermedad meningococica-grave cuando hay invasión de la corriente sanguínea y desarrollo de meningitis o bacteremia fulminante con colapso - circulatorio y muerte.

Los meningococos generalmente invaden el organismo por la porción superior de las vías respiratorias e infectan la nasofaringe. En la mayoría de los casos esta infección es subclínica, pero en ocasiones se produce inflamación localizada y se desarrollan ligeros síntomas. La diseminación de los meningococos desde la nasofaringe se - - efectúa a través del torrente sanguíneo y generalmente va seguida de manifestaciones clínicas de enfermedad meningocócica o meningitis. El principio clínico del padecimiento puede ser brusco, pero los pacientes generalmente tienen síntomas de tos, cefalalgia y dolor de garganta, seguidos por la rápida aparición de fiebre en agujas, escalos, -

fríos, artralgia y dolores musculares que pueden ser muy intensos en las extremidades inferiores y en la espalda. Además de la fiebre elevada, taquicardia y taquipnea, puede haber moderada hipotensión. Sin embargo, no se produce choque clínico a menos que sobrevenga meningococemia fulminante. En la evolución de la enfermedad aproximadamente tres cuartas partes de los pacientes sufren una erupción petequial característica. Las lesiones son frecuentemente diseminadas y las axilas, los flancos, las muñecas y los tobillos son los sitios más comúnmente afectados. Las lesiones tienen de 1 a 3 mm. de diámetro, de color rojo oscuro, y no se blanquean con la presión. En los casos graves aparecen manchas purpúricas o grandes equimosis, y una erupción petequial o purpúrica ampliamente diseminada sugiere una enfermedad fulminante; dicha enfermedad fulminante ocurre entre 10 a 20% de pacientes con infecciones meningocócica generalizada y causa muchas defunciones si no se instruye el tratamiento adecuado.

INFECCIONES POR ESTREPTOCOCCO. Los estreptococos aeróbicos, como grupo, se encuentran entre los más importantes microbios patógenos para el hombre. Pueden invadir cualquier tejido u órgano y según el sitio de la invasión y de la relación huésped-parásito producen diferentes síndromes clínicos. Los hay de dos grupos, los que producen enfermedades agudas como la faringitis, la escarlatina, la erisipela, la fiebre puerperal y las linfangitis, hay otros a los que se les han llamado de complicaciones tardías, no supurativas, y dentro de las cuales encontramos a la fiebre reumática aguda y la glomerulonefritis aguda, se presentan por lo general dos o tres semanas después de la infección estreptocócica aguda, tales enfermedades tienen-

tanta o mayor importancia que las primeras, ya que pueden producir enfermedades valvulares crónicas del corazón, en ciertas ocasiones nefritis crónica.

Los estreptococos penetran al organismo principalmente por la porción superior de las vías respiratorias. - Los microorganismos se alojan en las mucosas o en otros tejidos y quizá se conservan viables durante períodos relativamente cortos, a menos que invadan los tejidos. Los microorganismos se abren paso a través de los tejidos linfáticos de la garganta, sobre todo de las amígdalas.

TUBERCULOSIS. Es una infección bacteriana necrosante con sintomatología muy variada y distribución normal. En el hombre los órganos más afectados son los pulmones, pero también puede lesionar los riñones, los huesos, los ganglios linfáticos y las meninges, o diseminarse por todo el cuerpo.

En el sujeto no inmune los bacilos tuberculosos -- pueden entrar al organismo por diversas rutas: pulmón, -- conducto gastrointestinal y por inoculación cutánea o percutánea directa. La mayoría de las lesiones primarias se localizan en los dos tercios inferiores de los pulmones, - donde la ventilación es mejor y por lo tanto, es mayor la exposición al aire aspirado contaminado.

TETANOS. Es una intoxicación grave que se caracteriza por hipertonia generalizada de los músculos esqueléticos y por crisis convulsiva. La enfermedad es causada por ..

una exotoxina producida por "clostridium tetani".

El bacilo del tétanos penetran al cuerpo a través de heridas, el microorganismo es tan abundante en la naturaleza que casi cualquier parte lesionada puede resultar contaminada. Muchas lesiones sean grandes o pequeñas incluyendo desgarres, astilladuras, fracturas compuestas, heridas de bala, úlceras varicosas, extracciones dentales, quemaduras, congeladuras, úlceras de decúbito, lesiones penetrantes producidas por clavos, y mordeduras humanas o de animales ofrecen adecuado terreno para la proliferación de los microorganismos. Han ocurrido casos provocados por instrumentos quirúrgicos mal esterilizados y de materiales biológicos como el catgut. Las infecciones del útero después del parto y del cordón umbilical son ahora poco frecuentes cuando se utilizan las modernas técnicas obstétricas, pero comunes cuando no se dispone de ellas. La enfermedad también puede sobrevenir después de la perforación de los lóbulos de las orejas o de la circuncisión efectuada en condiciones no higiénicas.

POLIOMIELITIS. Es una infección viral aguda y muy frecuente. En su forma más grave invade algunas partes del sistema nervioso central, pero en la mayoría de los casos no lo afecta, la infección puede estar presente sin que se advierta signo alguno de enfermedad o puede manifestarse dando lugar a síndromes inespecíficos.

El periodo de incubación de la poliomyelitis, varía de 3 a 35 días. La infección puede adoptar una de las cuatro formas siguientes: 1). Infección Subclínica; 2).

Enfermedad Menor; 3). Poliomiелitis No Parálitica, y 4).- Poliomiелitis Parálitica. En el primero de los casos no hay sintomatología, pero el virus está presente en la faringe y el intestino y es probable que también se encuentre en la sangre. Por lo regular se forman anticuerpos -- neutralizantes de tipo específico.

En la enfermedad menor toda la evolución del proceso suele consistir en una enfermedad inespecífica sin signos clínicos o datos de laboratorio que indiquen invasión del sistema nervioso central; esta se llama "Poliomiелitis abortiva". Se han observado tres tipos de síndrome: 1).- Síntomas en la porción superior de las vías respiratorias, que consisten en fiebre de intensidad variable, malestar en la faringe con coriza o sin ella, y enrojecimiento e inflamación de los tejidos linfoides de la garganta; 2). -- Trastornos gastrointestinales con náuseas, vómito, diarrea o estreñimiento y malestar abdominal, acompañados de fiebre moderada y, 3). Síntomas gripales con fiebre y dolores generalizados en los músculos, huesos y articulaciones, muy semejantes a los de la influenza.

La poliomiелitis no parálitica se caracteriza por manifestaciones prodrómicas, signos de irritación meníngea y anomalías en el líquido cefalorraquídeo. La rigidez de la nuca y de la espalda, así como los signos de Kerning positivas, siempre están presentes y en caso de irritación meníngea intensa, también están los signos de Brudzinski, de la pierna y cuello. El signo del trípodo (el paciente extiende sus brazos por detrás de la espalda, apoyando las manos sobre el piso con el fin de sostenerse al sentarse)-

y el de Hoyne (cuando el paciente es levantado, asiéndolo de los hombros, estando en posición supina deja caer la cabeza hacia atrás). Clínicamente es imposible diagnosticar la Poliomielitis no parálitica, ya que los signos y síntomas, así como los datos de laboratorio, son completamente inespecíficos.

El síndrome de Poliomielitis parálitica se caracteriza por síntomas prodrómicos ("enfermedad menor"), signos de irritación meníngea, líquido cefaloraquídeo anormal y signos de invasión de las neuronas motoras de la médula espinal, cerebro o núcleo de los nervios craneales, que dan lugar a paresias o parálisis de varios músculos. Además de las células de las astas anteriores, el sistema nervioso puede presentar lesiones en distintas partes; en los casos mortales generalmente están afectadas las siguientes estructuras: la circunvolución prerrolándica, la formación reticular del bulbo raquídeo, los núcleos del techo y la vermis del cerebelo, así como los plexos de Auerbach y de Miessner, y los ganglios simpáticos.

Al igual que la Salmonella Typhosica, el virus de la poliomielitis se puede transmitir en forma indirecta o mediata, aunque muchos autores de la rama médica han manifestado que el contagio puede darse por contagio directo o inmediato, ya que el hombre es el único reservorio del virus, en tal virtud la transmisión del virus se puede iniciar por vía bucal o fecal.

RABIA O HIDROFOBIA. Es una enfermedad mortal, producida por virus que taca al sistema nervioso y se transmi

te al hombre por medio de la saliva de los animales rabiosos. En general el virus de la rabia se transmite por --mordedura, pero en algunos casos por contacto con saliva, la cual puede penetrar a través de pequeñas lesiones de la piel, como rasguños, abrasiones, etc.; rara vez penetra --por las mucosas.

El signo más característico de la enfermedad co__ - rresponde a las contracciones de los músculos de la farin--ge, que son intensas y dolorosas y que inicialmente son de sencadenadas al hacer el intento de tragar líquidos; estas contracciones de los músculos de la deglución y de la respiración provocan ataques de apnea, cianosis y convulsio--nes generalizadas. La muerte suele presentarse a conse--cuencia de una convulsión generalizada con apnea prolongada.

FIEBRE AMARILLA. Es una enfermedad infecciosa aguda, de corta duración y gravedad variable, causada por un arbovirus del grupo B que deja inmunidad para toda la vida. La triada clásica de síntomas, ictericia, hemorragia e intensa albuminuria, se observa en infecciones graves.

En el hombre la infección se debe a dos ciclos básicamente diferentes de transmisión del virus: el urbano y el selvático. El ciclo urbano es la fiebre amarilla hombre-mosquito-hombre. En la fiebre amarilla selvática el ciclo de transmisión es primates salvajes-mosquito-hombre.

A causa de la iniciación brusca y el rápido curso--

de la infección, las alteraciones patológicas son de carácter agudo. Las lesiones son predominantemente viscerales. En el riñón, el virus produce alteraciones grasosas, necrobiosis y necrosis del epitelio tubular. Se forman múltiples hemorragias pequeñas en el tubo gastrointestinal. En el cerebro la lesión dominante es hemorragia perivascular, que se observa con mayor frecuencia en la región subtalámica y periventricular a nivel de los cuerpos mamilares. - - Otros síntomas son náuseas, epistaxis, bradicardia relativa, y ligera albuminuria. Este tipo de enfermedad sólo dura 2 ó 3 días y se parece a la influenza.

LEPRA. Es una infección granulomatosa crónica del hombre que en sus diversas formas clínicas ataca los tejidos superficiales, especialmente la piel, los nervios periféricos y la mucosa nasal. La lepra es frecuentemente una infección familiar; muchos pacientes tienen antecedentes de exposición prolongada, y en estrecha relación familiar (entre esposos). Con pacientes lepromatosos la proporción de contagio es del 5 al 10%. Una vez que el caso principal se encuentra en tratamiento, termina la propagación -- dentro de la familia. La puerta de entrada es objeto de -- conjeturas, pero probablemente es la piel o la mucosa nasal. La principal puerta de salida del bacilo es, probablemente, la mucosa nasal ulcerada en los pacientes lepromatosos, en consecuencia el bacilo de *M. leprae*, probablemente penetra al cuerpo por la piel o la mucosa de la porción superior de las vías respiratorias.

En los casos lepromatosos más avanzados, las lesiones destructivas se limitan a la piel, nervios periféri- -

cos, porción anterior del ojo, vías respiratorias por arriba de la laringe, testículos y las estructuras de las manos y de los pies.

MICOSIS PROFUNDA. La micosis fungoide (tumores ulcerativos en forma de hongo), es un linfoma cutáneo. La enfermedad comienza en la piel y se limita a éste órgano durante años. Su evolución es lentamente progresiva, caracterizada por recidivas y remisiones espontáneas, y termina con la muerte del paciente. La utilización de antibióticos prolongan la duración de la enfermedad y en 60 u-80% de los pacientes ahora viven más que antes.

La micosis fungoide tiene tres fases distintas, -- cualquiera de las cuales puede progresar hacia el eritroderma exfoliativo.

ETAPA 1.- Fase premicótica eczematososa, al comienzo es incidiioso y no tiene un cuadro histológico específico. Las lesiones son siempre pruriginosas, por lo general intensamente.

ETAPA 2.- La segunda etapa se caracteriza por placas infiltradas, bien delimitadas, pruriginosas y elevadas. Puede haber áreas edematosas y linfadenopatía.

ETAPA 3.- Llamada de tumor, es el estado final de la enfermedad y se caracteriza por la aparición de múltiples tumoraciones de color rojo pardo que crecen rápidamente y se ulceran. En las ulceraciones con frecuencia --

hay infección secundaria por bacterias y septicemia.

1.2.- REDACCION DEL ARTICULO 199 BIS DEL CODIGO PENAL.

Nuestro Código Penal vigente, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de Agosto de 1931, establece en su Capítulo II, del Título Séptimo:

"ART. 199 Bis. El que sabiendo que está enfermo de sífilis o de un malvenéreo en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por medio de relaciones sexuales, será sancionado..."

A reserva de que en capítulos posteriores hagamos algunas reflexiones sobre la culpabilidad del sujeto activo del delito, por virtud de la cual transmite la enfermedad en forma dolosa (el que sabiendo), culposa o preterintencionalmente; lo que nos interesa resaltar es que el requisito o presupuesto material de la conducta o hecho, para que se integre la calidad del sujeto activo, está dado por la circunstancia de que dicho sujeto debe estar, aún antes de que se integre dicha conducta, enfermo de sífilis o de alguna enfermedad venérea.

Con la finalidad de presentar un análisis más objetivo y específico del Artículo en cuestión y de los presupuestos de la conducta o hecho que lo integran, diremos -- que tal y como lo mencionamos en incisos anteriores, por ..

enfermedad entendemos a toda alteración más o menos grave de la salud, que provoque anormalidad fisiológica o psíquica o de ambas clases a la vez, en el organismo de un individuo. En tanto que por venéreo, así lo definen algunos diccionarios de la Lengua Castellana, se debe entender a todo lo relacionado con lo sexual, sensual, lascivo o relativo a la cópula carnal.

En consecuencia, debemos definir a la enfermedad o mal venéreo como toda aquella alteración más o menos grave de la salud, que provoque anormalidad fisiológica o psíquica, o de ambos campos a la vez, en el organismo de un individuo y cuyo origen o localización sea de carácter lascivo, sexual, es decir, que se transmita a través de la cópula carnal.

Por otro lado, y en el campo de la medicina interna, se ha definido a la Sifilis como aquella enfermedad infecciosa crónica causada por "treponema pallidum", que se transmite, generalmente, por contacto sexual, la cual puede causar destrucción tisular e infiltración crónica con pérdida o disminución de la función de algunos órganos del cuerpo humano y cuyas manifestaciones pueden ser muy variadas.

Con estas definiciones, es decir, del concepto de enfermedad venérea y de la definición de sifilis como enfermedad crónica, podemos afirmar que ésta última, por el medio idóneo por el cual se transmite, también puede ser considerada como una enfermedad venérea y no obstante que se puede transmitir por otros medios, que aunque también .-

son idóneos, esto no son, por regla general y en el campo de la medicina forense, los medios más comunes por los que se transmite dicha enfermedad.

De las anteriores afirmaciones podemos concluir -- que, toda enfermedad que se transmite por medio de las relaciones sexuales es y deberá ser considerada como enfermedad venérea.

Con estos antecedentes afirmamos que el legislador, al redactar el Artículo 199 Bis del Código Penal vigente, cometió un error de tipo técnico, en virtud de que al diferenciar a la sífilis de cualquier otra enfermedad venérea integró leyes para regular casos específicos y concretos, suprimiendo, en parte, una de las características de la -- Ley, es decir, su carácter generalizador.

En este mismo sentido, redacta tautológicamente el Artículo en cuestión, ya que, consideró a la sífilis como una enfermedad totalmente diferente de cualquier otro mal venéreo, siendo que, por el medio idóneo y más generalizado de la transmisión de la sífilis, podemos considerarla -- como una enfermedad de tipo venéreo.

En otro orden de cosas, podemos afirmar que en el mismo párrafo cometió un segundo error de tipo técnico, en virtud de que, como afirmamos anteriormente, por venéreo -- debemos entender a todo lo relacionado con lo sexual, sensual, lascivo o relativo a la cópula carnal y en consecuencia consideramos innecesario y errático citar, en la des--

cripción típica, el medio idóneo de transmisión, es decir la expresión "...por medio de relaciones sexuales", siem- que, por la naturaleza misma del delito, lo venéreo implica la transmisión por cópula carnal, es decir, por medio - de la relación sexual.

También es cierto que, derivado de las fuentes rea- les que dieron origen y fundamentación a la necesidad de - integrar el tipo delictivo, el legislador, al regular este tipo de conducta, lo que está penando es única y exclusiva- mente la conducta dolosa, directa o eventual, en función - al carácter venéreo de la enfermedad; es decir, a su modo- de transmisión, por lo que volvemos a repetir: parece inne- cesario y tautológico hablar, en el mismo precepto y en el mismo párrafo, del carácter venéreo de la enfermedad y rei- terar o repetir el medio idóneo de transmisión.

1.2.1.- CUADRO TRADICIONAL DE ENFERMEDADES LLAMADAS VENEREAS.

Siendo Presidente Constitucional de los Estados -- Unidos Mexicanos el General Lázaro Cárdenas, el día 8 de - Febrero de 1940, se publicó en el Diario Oficial correspon- diente el "Reglamento para la campaña contra las enferme- dades venéreas" y en su Capítulo I "De la Curación obliga- toria", Artículo Primero , se estableció:

"ART. 1o.- Para los efectos de este Reglamento, - se consideran enfermedades venéreas:

- La sífilis,

- La blenorragia,
- El chancro blando,
- El granuloma venéreo,
- La enfermedad de Nicolás y Faure,
- Las que declare el Departamento de Salubridad Pública."

1.2.2.- FORMAS ESPECIFICAS DE CONTAGIO DE ENFERMEDADES LLAMADAS VENEREAS.

Por regla general todas las enfermedades de las -- llamadas venéreas se transmiten por medio de la relación sexual; es decir, por contagio directo o individual, aunque en algunas enfermedades como el sífilis se presentan -- las siguientes modalidades.

SIFILIS: Se transmite comunmente por contacto directo e íntimo de las lesiones de la piel y de las mucos -- sas. El contacto sexual es, con mucho, la forma más común de infección, pero también se dan casos de transmisión por el beso o la mordida. La transmisión indirecta, por obje -- tos contaminados, es excepcional, ya que el germen muere -- en cuanto se seca. La enfermedad puede contraerse también por inoculación con sangre infectada, por ejemplo, a tra -- vés de transfusiones sanguíneas. En el embarazo, en cuyo caso la madre está infectada, la sífilis se transmite al -- feto a través de la placenta.

De las restantes enfermedades, consideradas en el --

cuadro tradicional de enfermedades venéreas, podemos reafirmar que casi siempre se transmiten por contacto sexual, y aún y cuando puedan darse, en forma excepcional, otros medios de contagio, lo que el legislador se propuso, al regular este tipo de conducta, fue penalizar la conducta dolosa, directa o eventual, en función al carácter de la enfermedad, es decir, a la transmisión por medio de las relaciones sexuales.

1.3.- SINDROME DE INMUNODEFICIENCIA ADQUIRIDA (SIDA);
UNA REALIDAD SOCIAL QUE OBLIGA A LA REVISION -
DEL ARTICULO 199 BIS. DEL CODIGO PENAL.

1.3.1.- SITUACION ACTUAL DEL SIDA EN MEXICO.

Antes de exponer la situación actual de esta enfermedad en México, diremos que el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, a la cual se le ha identificado con las siglas S.I.D.A., es de origen viral y en consecuencia se le ha denominado Virus de la Inmunodeficiencia Humana - (VIH).

"Fué denominado Virus Asociado con Linfadenopatía (LAV) por el DR. LUC MONTEGNIER y COLS., en el Instituto Pasteur de Francia en Mayo de 1983; Virus Linfotrópico tipo III de las células T. Humanas (HTLV-III) en mayo de 1984 por el DR. ROBERT GALLO y COLS., en el Instituto Nacional de Cáncer de los Estados Unidos de Norteamérica, y virus relacionado al SIDA, (ARV) por el DR. JAY LEVY y COLS., en la Escuela de Medicina de la Universidad de California en ..

San Francisco en agosto de 1984. El nombre definitivo del virus fue establecido por el Comité Internacional sobre la Taxonomía de los Virus, recomendando el nombre en inglés: "Human Immunodeficiency Virus (HIV); la Organización Mundial de la Salud recomienda a su vez el uso de los nombres equivalentes en francés, y español: "virus de l'immunodéficience humaine", y virus de la inmunodeficiencia humana (VIH). Estos nombres sustituyen a los nombres que representan las siglas: HTLV-III, LAV o ARV, siglas de los nombres de mayor uso hasta antes de la aparición de esta recomendación..." (9).

Los diversos científicos que han estudiado y estudian las características cromosómicas del virus, lo han clasificado dentro de la familia de los retrovirus, especialmente dentro de la subfamilia Lentiviridae. Hasta el momento dicho microorganismo ha podido ser aislado de muestras de sangre, semen, orina, líquido cefalorraquídeo, lágrimas, saliva, heces y leche materna de pacientes seroinfectados; sin embargo, también a la fecha, sólo se ha podido comprobar que se transmite en forma originaria y directa por medio de transfusión sanguínea, intercambio de semen, secreciones vaginales y probablemente por el consumo de leche materna infectada.

El SIDA es una enfermedad que, al parecer, tuvo su origen en los últimos años de la década de los cincuentas,

(9). CONASIDA. (Comité Nacional para Prevención del SIDA). "El Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida: Medidas Preventivas", Pág. 5; ED.- Dirección General de Epidemiología, Subsecretaría de Servicios de Salud, Secretaría de Salud; Ed.- México, D. F., Junio de -- 1987.

y aún cuando los diversos investigadores no se han puesto de acuerdo en cuál fué el fenómeno que le dió origen, no es sino hasta 1981 cuando se empezó a describir y aceptar públicamente en forma abierta "...aparentemente el virus se encontraba circulando en Africa desde los años cincuentas, de ahí pasó al Caribe, a los Estados Unidos y al resto del mundo. Hasta Mayo de 1987 se habían reportado - - 51,535 casos en 113 países. El 79% corresponde al Continente Americano. Constituye un grave problema de salud en Haití, y su incidencia notificada está aumentando en Canadá y Brasil. Seis países europeos (Dinamarca, Suiza, Francia, República Federal Alemana, Reino Unido y Holanda) -- han experimentado un continuo aumento del número de casos desde 1981." (10).

De acuerdo a los datos recabados por la Organización Mundial de la Salud, hasta el mes de Marzo de 1987, la enfermedad se ha transmitido a 91 países de los cinco continentes, lo cual representa en términos porcentuales -- que existe SIDA en el 72% de los países que integran este mundo. De acuerdo a estos datos la manifestación pandémica de la enfermedad, a esa fecha, está representada por -- los siguientes datos: "Hasta el 5 de marzo de 1987, se -- han notificado 41,888 casos de los cuales el 82% corresponden al Continente Americano y 11% a Europa...

En el Continente Americano, Estados Unidos aporta

(10). CONASTIDA. (Comité Nacional para Prevención del SIDA). "El Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida: Medidas Preventivas", Pág. 2; ED.- Dirección General de Epidemiología, Subsecretaría de Servicios de Salud, Secretaría de Salud; Ed.- México, D. F., Junio de - - 1987.

el 91% de los casos notificados, 3% Brasil, 2% Canadá, 2% Haití, México el 1% y tres países el resto." (11).

"En la actualidad en México se han notificado casos de SIDA en residentes de 30 entidades federativas, se manifiesta una mayor concentración en las grandes ciudades, que cuentan con establecimientos de tercer nivel de atención.

Es importante considerar el flujo migratorio entre México y el país en donde se estima que existen un millón de infectados, al mismo tiempo dos estados de la Unión Americana fronterizos a nuestro país (California y Texas), -- ocupan el segundo y tercer lugar en el número de casos.

En los primeros años de transmisión los casos tenían como antecedentes viajes al exterior y/o contacto con extranjeros, en la actualidad la mayoría de los casos no -- tienen este antecedente, por lo que se considera que la -- transmisión ocurrió en México." (12).

De acuerdo a su comportamiento epidemiológico, se ha determinado que en nuestro país el número de casos se -- ha multiplicado, de conformidad al último reporte cada --

(11). Boletín Mensual No. 3, "SIDA", Pág. 55; ED.- Dirección General de Epidemiología, Subsecretaría de Servicios de Salud; Ed.-Año 1, Núm. 3, 15 de mayo de -- 1987.

(12). Boletín Mensual No. 1 "SIDA", Pág. 4; ED.-Director - General de Epidemiología, Subsecretaría de Servicios de Salud, Secretaría de Salud; Ed.-Año 1, Núm. 1, -- 10. de Marzo de 1987.

7.11 meses, y en consecuencia la tendencia de duplicación de dicha enfermedad es exponencial; aunque se espera que en próximos años dicho comportamiento se retraiga en virtud de que debido a la historia natural de la enfermedad y de los efectos de las medidas adoptadas por el Sector Salud, los casos reportados hasta la fecha reflejan la transmisión que se efectuó cinco años atrás.

De conformidad con los datos proporcionados por los diversos Organismos que integran el Sector Salud, el número de casos de SIDA confirmados con fecha de inicio de 1980 al 5 de marzo de 1987, es el siguiente:

ANO/SEMESTRE	No. DE CASOS POR FECHA DE INICIO.	No. DE CASOS ACUMULADOS.
1980		
1er. Semestre	1	1
2do. Semestre	0	1
1981		
1er. Semestre	0	1
2o. Semestre	1	2
1982		
1er. Semestre	2	4
2do. Semestre	6	10

AÑO/SEMESTRE	No. DE CASOS POR FECHA DE INICIO.	No. DE CASOS ACUMULADOS.
1983		
1er. Semestre	14	24
2do. Semestre	6	30
1984		
1er. Semestre	14	44
2do. Semestre	30	74
1985		
1er. Semestre	40	114
2do. Semestre	59	173
1986		
1er. Semestre	66	239
2do. Semestre	37	276
SUB-TOTAL:	276	
Se ignora fecha de inicio.	68	344
T O T A L:	344 ===	(13)

Es importante hacer notar que aún y cuando haya di
 (13). Boletín mensual No. 1: "SIDA", Pág. 5; ED.-Dirección
 General de Epidemiología, Subsecretaría de Servicios
 de Salud, Secretaría de Salud; Ed.- Año 1, Núm. 1, -
 lo. de Marzo de 1987.

ferencias en los datos y fechas de detección del Síndrome de Inmunodeficiencia, lo cual se debe fundamentalmente a los problemas de comunicación inter-institucionales que -- existe al interior de la Secretaría del Ramo y de todos -- los Organismos que la conforman, los incrementos en cifras cuantitativas han sido los siguientes:

F E C H A :	No. de CASOS NUEVOS.	TOTAL-CASOS A LA FECHA.
31 de Marzo 1987	63	407
30 de Abril 1987	80	487
31 de Mayo 1987	37	534
1o. de Julio 1987	53	584
1o. de Agosto 1987	78	662
1o. de Sept. 1987	51	713
1o. de Octubre 1987	66	779
15 de Noviembre 1987	87	866

Con estos datos podemos afirmar que el número de - casos notificados de la enfermedad se duplicó en tan solo - ocho meses, lo cual no implica que sea la tendencia real - de propagación de la enfermedad pero sí nos dá una idea de la rapidez y efectividad de los vectores contaminantes.

"En epidemiología, para describir la tendencia de - las enfermedades, tradicionalmente se requiere analizar -- las frecuencias en lapsos mayores a 5 años, sin embargo, - el crecimiento actual del número de casos de SIDA en este -

país ha rebasado las expectativas que se habían formulado a principios de año, de acuerdo a la hipótesis de mayor -- transmisión." (14).

De acuerdo con la metodología aplicada por los -- técnicos de la Secretaría de Salud, que tienen a su cargo la vigilancia, seguimiento y predicción del comportamiento de la enfermedad, se ha establecido que partiendo de -- la hipótesis de dos casos en 1981, y de seguirse observando tan acelerado crecimiento, para el año de 1991 se tendrán aproximadamente 22,000 caso acumulados "...Actualmente existen, oficialmente 866 casos registrados. Esto es -- hasta el pasado 15 de noviembre. Pero para fines de este año se estima que la cifra aumentará a más de mil.

...Y para dentro de cuatro años, el número de casos por cualquiera de las causas conocidas (sexual, sanguínea y perinatal) puede llegar a 22,000. Se estima que actualmente el número de personas infectadas, pero que no -- tienen manifestaciones de enfermedad, oscila entre 50,000 y 100,000.

Esto significa que por cada caso reconocido clínicamente existen de 50 a 100 personas infectadas asintomáticas. (15).

- (14). Boletín Mensual No. 8; "SIDA", Pág. 160; ED.-Dirección General de Epidemiología, Subsecretaría de Servicios de Salud, Secretaría de Salud; Ed.-Año 1, No. 8, 15 de Octubre de 1987.
- (15). CABILDO, MIGUEL. "Los altos costos hacen preveer problemas para atender a Sidosos", Pág. 26; Revista Proceso No. 580, (1er. Congreso Nacional sobre el SIDA, Organizado por la S.S.A., Cocoyoc-México), 14 de diciembre de 1987.

El número de casos reportados a la fecha, así como el número de casos proyectados para los próximos años, aunado al costo anual del tratamiento por persona (las Compañías Aseguradoras estiman que cada paciente infectado tiene un costo promedio por tratamiento de: \$25'000,000.00)- y al universo de población expuesta (también las Cías. Aseguradoras calculan que el 60% de la población asegurada está expuesta al SIDA), hacen que el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida tome gran importancia en el campo de Salubridad General, en la Economía Nacional y aún en el campo jurídico social.

Varios son los factores, nos dice la Secretaría de Salud, "...que han contribuido a que el padecimiento se haya convertido en uno de los principales problemas de salud pública.

Estos factores son los siguientes:

1. Se trata de una enfermedad con una letalidad elevada, -aproximadamente del 80-100%, tres años después de hecho el diagnóstico.
2. Es un padecimiento nuevo.
3. El número de casos se ha incrementado en forma acelerada.
4. La transmisión se ha diseminado en más de 110 países.
5. Afecta principalmente a personas en edad productiva, y

6. Se trata de una enfermedad para la que aún no existen vacunas o tratamientos efectivos." (16).

1.3.2.- MEDIDAS ADOPTADAS POR EL SECTOR SALUD PARA LA DETECCIÓN Y SEGUIMIENTO DE ENFERMEDADES TRANSMISIBLES.

En los términos de la Ley General de Salud, reglamentaría del Artículo 4o. Constitucional, se asigna como atribución de los órganos político-administrativos del Estado, - es decir de la Secretaría de Salud, la regulación del Derecho a la Protección de la Salud y como uno de los mecanismos para alcanzar parte de dicho objetivo (en su Artículo 3o., Fracción XV), se establece como materia de Salubridad General la obligación de instrumentar acciones para -- prevenir y controlar las enfermedades de carácter transmisible.

Para hacer efectiva dicha prevención, y control de las enfermedades, se ha facultado al Poder Ejecutivo Federal - para que a través de la Secretaría del Ramo ejerza, de conformidad a la gravedad que el caso requiera, las acciones ordinarias y extraordinarias necesarias para salvaguardar al país de enfermedades de carácter epidemiológico.

Dentro de las acciones ordinarias que se citan pode

(16). CONASIDA. (Comité Nacional para Prevención del SIDA) "El Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida: Medidas Preventivas", Pág. 1; ED.- Dirección General de Epidemiología, Subsecretaría de Servicios de Salud, Secretaría de Salud; Ed.- México, Junio de 1987.

mos mencionar a las siguientes:

- A). ARTICULO 27. Para los efectos del derecho a la protección de la salud, se consideran servicios básicos de salud los referentes a:

Fracc. II.- La prevención y el control de las enfermedades transmisibles de atención prioritaria, de las no transmisibles más frecuentes y de los accidentes.

- B). ARTICULO 136. Es obligación la notificación a la Secretaría de Salubridad y Asistencia, o en su defecto a la autoridad sanitaria más cercana, de las siguientes enfermedades y en los términos que a continuación se especifican:

- I. Inmediatamente, en los casos de cualquier enfermedad objeto del Reglamento Sanitario Internacional: fiebre amarilla, peste y cólera;
- II. Inmediatamente, en los casos de cualquier enfermedad que se presente en forma de brote o epidemia.
- III. En un plazo no mayor de veinticuatro horas en los casos individuales de enfermedad objeto de vigilancia internacional: poliomielitis, meningitis, meningococcicas, tifo epidémico, fiebre recurrente transmitida por piojo, influenza viral, paludismo, sarampión, tosferina, así como las de difteria y los casos humanos de ..

encefalitis equina venezolana, y

- IV. En un plazo no mayor de vinticuatro horas, de los primeros casos individuales, de las enfermedades transmisibles que se presenten en una área no infectada.

En este sentido los Artículos 137 y 138, en relación con el Artículo 419 de dicha Ley, facultan a las autoridades sanitarias para imponer multas, hasta por 20 días de salario mínimo general, a todos aquellos profesionistas de la medicina; a personas que realicen actividades afines (jefes encargados de laboratorio, directores de unidades médicas) o a directores de unidades económico-administrativas donde exista concentración de personas (tales como escuelas, fábricas, talleres, jefes de oficinas, establecimientos comerciales o de cualquier otra índole) y aún a aquellas personas que por circunstancias ordinarias o accidentales tengan conocimiento de algún caso de infección por enfermedad transmisible, y que no den aviso a las autoridades sanitarias con posterioridad a su diagnóstico o sospecha de diagnóstico.

- C) ARTICULO 139. Las medidas que se requieran para la prevención y el control de las enfermedades que enumera el Artículo 134 de esta Ley, deberán ser observadas por los particulares. El ejercicio de esta acción comprenderá una o más de las siguientes medidas, según el caso que se trate:

- I. La confirmación de la enfermedad por los medios

clínicos disponibles.

- II. El aislamiento, por el tiempo estrictamente necesario, de los enfermos, de los sospechosos de padecer la enfermedad y de los portadores de gérmenes de la misma, así como la limitación de sus actividades, cuando así se amerite por razones epidemiológicas,
- III. La observación, en el grado que se requiera, de los contactos humanos y animales,
- IV. La aplicación de sueros, vacunas y otros recursos preventivos y terapéuticos.
- V. La descontaminación microbiana o parasitaria, - desinfección y desinfectación de zonas, habitaciones, ropas, utensilios y otros objetos expuestos a contaminación.
- VI. La destrucción o control de vectores y reservorios de fuentes de infección naturales o artificiales, cuando representan peligro para la salud.
- VII. La inspección de pasajeros que puedan ser portadores de gérmenes, así como la de equipajes, medios de transporte, mercancías y otros objetos que puedan ser fuentes o vehículos de agentes patógenos, y
- VIII. Las demás que determine esta Ley, sus reglamen-

tos y la Secretaría de Salud.

En este sentido, y en relación al Artículo 419 de la propia Ley, se faculta a la Secretaría de Salud para imponer multas, hasta por 20 días de salario mínimo general, a aquellos particulares que se dediquen a alguna actividad relacionada con el área médica y no cumpla con alguna de las medidas sanitarias enunciadas anteriormente, para coadyuvar a la detección y eliminación de enfermedades transmisibles detectadas.

Otras de las acciones ordinarias que desarrolla la Secretaría de Salud, y en general todos los Organismos y Dependencias que se encuentran agrupadas en dicho sector, son las enunciadas en los Artículos 144 y 145 de la ya citada Ley General de Salud, en donde se hace referencia a la facultad de dicha Dependencia de desarrollar e instrumentar campañas permanentes y programadas de vacunación; campañas de prevención de riesgos de trabajo, (con relación al control de las personas que se dediquen a trabajos o actividades mediante las cuales se puedan propagar algunas enfermedades transmisibles) y diseño e integración de normas técnicas indispensables para el control, seguimiento y tratamiento de enfermedades que hayan tenido y tengan el carácter de epidemiológicas.

Las acciones extraordinarias, en materia de Salud General, no solo aparecen reguladas en la Ley General de Salud, sino que tienen su origen y fundamento en el Artículo 73, fracción XVI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual se esta--

blece: "En caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, el Departamento de Salubridad (hoy Secretaría de Salud), tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Presidente de la República."

La Ley General de Salud, como Ley Reglamentaria del Derecho a la protección de la salud, en su Artículo -- 181 transcribe íntegramente la fracción XVI del Artículo -- 73 Constitucional citado, con la modalidad de que se hace referencia a las enfermedades transmisibles en sustitución del vocablo "enfermedades exóticas"; así mismo, se amplían las facultades extraordinarias para que el Poder Ejecutivo Federal, a través de la Secretaría del Ramo, pueda hacer frente no solo a las enfermedades contagiosas sino también a emergencias y catástrofes que afecten al país.

Aparte de las anteriores atribuciones conferidas al Poder Ejecutivo Federal, se reguló la acción extraordinaria en materia de Salubridad en los siguientes Artículos y términos de la Ley General de Salud; agrupándolos, para efectos del presente trabajo y para simplificar su comprensión, en causas, procedimientos y modalidades.

C A U S A S:

ARTICULO 181. En caso de epidemias de carácter grave, peligro de invasión de enfermedades -- transmisibles, situaciones de emergencia o catástrofe que afecten el país, la Secretaría de..

Salubridad y Asistencia dictará inmediatamente las medidas indispensables para prevenir y combatir los daños a la salud, a reserva de que ta lés medidas sean después sancionadas por el Pre sidente de la República.

PROCEDIMIENTO:

ARTICULO 183. En los casos a que se refieren - los Artículos anteriores, el Ejecutivo Federal - podrá declarar, mediante decreto, la región o re giones amenazadas que quedan sujetas, durante - el tiempo necesario, a la acción extraordinaria en materia de salubridad general.

Cuando hubieren desaparecido las causas que ha-- yan originado la declaración de quedar sujeta - una región a la acción extraordinaria en mate-- ria de salubridad general, el Ejecutivo Federal expedirá un decreto que declare terminada dicha acción.

MODALIDADES:

ARTICULO 147. En los lugares del territorio na cional en que cualquier enfermedad transmisible adquiera características epidémicas graves, a - juicio de la Secretaría de Salubridad y Asisten cia, así como en los lugares colindantes expues- tos a la propagación, las autoridades civiles, - militares o las particulares están obligadas a- colaborar con las autoridades sanitarias en la- lucha contra dichas enfermedades. ..

Cabe hacer la aclaración que en la misma Ley General de Salud se establece una pena pecuniaria de 100 días de salario mínimo general a todas aquellas autoridades civiles, militares y a los particulares que no colaboren con la autoridad sanitaria para el pleno cumplimiento de dicha medida o acción extraordinaria.

ARTICULO 148. Quedan facultadas las autoridades sanitarias competentes para utilizar como elementos auxiliares en la lucha contra las epidemias, todos los recursos médicos y de asistencia social de los sectores público, social y privado existentes en las regiones afectadas, y en las colindantes, de acuerdo con las disposiciones de esta Ley y los reglamentos aplicables.

ARTICULO 150. Las autoridades sanitarias señalarán el tipo de enfermos o portadores de gérmenes que podrán ser excluidos de los sitios de reunión, tales como hoteles, restaurantes, fábricas, talleres, cárceles, oficinas, escuelas, dormitorios, habitaciones colectivas, centros de espectáculos y deportivos.

ARTICULO 151. El aislamiento de las personas que padezcan enfermedades transmisibles se llevarán a cabo en sitios adecuados, a juicio de la autoridad sanitaria.

Por lo que se refiere a las medidas o acciones ordinarias adoptadas por las autoridades sanitarias para pre-

venir la mayor propagación de la infección por SIDA, podemos agruparlas en 3 rubros:

1. El Consejo de Salubridad General en su reunión correspondiente del mes de Noviembre de 1986 acordó que el SIDA se incorpora a la lista de enfermedades bajo vigilancia y que su notificación fuese de carácter inmediato y obligatorio.

"3.1.1. Se adicionó el SIDA a la lista de enfermedades sujetas a vigilancia epidemiológica (Art. 134).

3.1.2. Se ordenó la notificación inmediata de -- los casos en que se detecte la presencia del virus del SIDA o de anticuerpos al -- mismo (Art. 136)." (17).

2. Mediante el Diario Oficial de la Federación del 22 de Mayo de 1986, se publicó la norma técnica relativa a -- la realización obligatoria de pruebas para detectar -- sangre contaminada por VIH, de aplicación forzosa en -- todo el territorio Nacional.

"3.1.3. Se suprimió la posibilidad de obtener sangre procedente de personas que la propor-

(17). CONASIDA. (Comité Nacional para Prevención del SIDA) "El Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida: Medidas Preventivas", Pág. 40; ED.- Dirección General de Epidemiología, Subsecretaría de Servicios de Salud, Secretaría de Salud; Ed.- México, Junio de 1987.

cionan remuneradamente (Art. 332).

3.1.4. Se incluyó como conducta ilícita específica el comercio de la sangre (Arts. 462, - Fracción II y 462 Bis, 27 de Mayo de - - 1987).

3.1.5. La realización obligatoria de pruebas para detectar sangre contaminada por VIH en todo el país (norma técnica para la disposición de sangre humana y sus componentes con fines terapéuticos)." (18).

3. En el ámbito orgánico-administrativo se ha creado un - Comité Inter-Institucional que en el mes de febrero de 1986 se integró con la participación de diversas instituciones del Sector, como lo son: el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio - del Estado (ISSSTE), y la propia Secretaría de Salud - (S.S.A), (a través de diversas Direcciones Generales, - como son el Centro Nacional de Transfusión Sanguínea - (CNTS), la Dirección General de Epidemiología (DGE) entre otras.

Dicho Comité conocido con las siglas CONASIDA (Comité Nacional de Prevención del SIDA), tiene como objeti--

(18). CONASIDA (Comité Nacional para Prevención del SIDA). "El Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida: Medidas Preventivas", Pág. 40-41; ED. Dirección General de - Epidemiología; Subsecretaría de Servicios de Salud, - Secretaría de Salud; Ed.-México, junio de 1987.

vos los siguientes:

- a) Evaluar la situación actual del SIDA y la infección -- por VIH.
- b) Establecer criterios para la prevención y control del SIDA y de la infección por VIH.
- c) Establecer criterios para el diagnóstico y tratamiento de los infectados por SIDA y por VIH.
- d) Evaluar las normas técnicas propuestas para el diagnóstico y tratamiento del SIDA y del VIH para en su caso coordinar su implantación, teniendo en cuenta las características, problemas y recursos disponibles del -- Sector Salud.

"Las acciones de este Comité se distribuyen en -- seis rubros, representados cada uno por un Subcomité: Subcomité de Educación para la Salud, Subcomité de Investigación y Vigilancia Epidemiológica, Subcomité de Banco de -- Sangre, Subcomité Clínico Terapéutico, Subcomité de Participación comunitaria y Subcomité de Aspectos Jurídicos." - (19).

Cada uno de los mencionados subcomités tienen fun-

(19). CONASIDA (Comité Nacional para la Prevención del SIDA) "El Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida: Medidas Preventivas", Pág. 41; ED.-Dirección General de Epidemiología, Subsecretaría de Servicios de Salud, Secretaría de Salud; Ed.-México, Junio de 1987.

ciones específicas dentro de las cuales destacan entre - -
otras:

***SUBCOMITE DE VIGILANCIA EPIDEMIOLOGIA E INVESTI
GACION***

- Recepción, control e interpretación de datos --
epidemiológicos.
- Edición y publicación del Boletín Mensual de SI-
DA.
- Diseño, integración y realización de cursos de-
capacitación sobre SIDA.
- Diseño, integración, aplicación e interpreta_ -
ción de encuestas seroepidemiológicas en grupo-
de alto riesgo.
- Control y evaluación del funcionamiento del Cen
tro Nacional de Información sobre SIDA.

SUBCOMITE DE EDUCACION PARA LA SALUD

- Diseño, elaboración e integración de comunica--
ción sobre SIDA, a través de todos los medios -
de comunicación masiva.

SUBCOMITE DE BANCO DE SANGRE

- Detección de donadores seropositivos.
- Asesoría y supervisión de funcionamiento de - -
puestos de recepción de donación altruista.
- Diseño, integración y realización de cursos de-
capacitación y adiestramiento para personal de-
..

laboratorio y hospitales, del Sector Salud.

- Asesoría y supervisión de funcionamiento de Bancos de Sangre, plasma y servicios de transfusión de Instituciones públicas y privadas integradas al Sistema Nacional de Salud.

SUBCOMITE CLINICO TERAPEUTICO

- Evaluación clínico-terapéutico de medicamentos en investigación.
- Evaluación del desarrollo de la clínica de SIDA.
- Elaboración y difusión de normas para manejo y tratamiento de pacientes con SIDA.

SUBCOMITE DE PARTICIPACION COMUNITARIA

- Apoyo y asesoría a la población en general sobre aspectos preventivos, educacionales y clínico-terapéuticos de la enfermedad, y

SUBCOMITE DE ASPECTOS JURIDICOS

- Estudiar reformas y adiciones a la Ley General de Salud.
- Analizar y proponer soluciones sobre aspectos jurídicos relacionados con las medidas preventivas adoptadas para la prevención del SIDA.

1.3.3.- FORMAS ESPECIFICAS DE CONTAGIO DEL VIH (VIRUS DE LA INMUNODEFICIENCIA HUMANA).

Hasta el momento y observando la experiencia de ya

rios países en donde hay personas contaminadas por VIH, se puede afirmar que existe susceptibilidad universal a la infección por el mencionado virus, en consecuencia cualquier persona puede ser infectada por la inmunodeficiencia humana cuando se exponga a alguno de los mecanismos de transmisión que a la fecha han sido determinados.

Los especialistas afirman que la transmisión del virus de la inmunodeficiencia humana es muy similar al cuadro epidemiológico presentado por el virus de la hepatitis "B", en consecuencia se han delimitado cuatro formas en -- que se transmite dicho microorganismo:

- "1). A través del contacto sexual donde existe intercambio de líquidos corporales (sangre y/o semen), en relaciones homosexuales masculinas y en heterosexuales, tanto de hombre hacia mujer, como de mujer hacia hombre.
- 2). Por exposición a sangre o a hemoderivados de personas infectadas. (Por medio de agujas contaminadas o de -- transfusión);
- 3). Perinatal, de una madre a su producto (en forma transplacentaria, durante el parto y al parecer a través -- de la lactancia), y
- 4). Por trasplante o injerto de tejidos y órganos infecta

dos." (20).

De las anteriores formas de transmisión consideramos que en realidad las dos primeras son las formas directas u originarias en que opera dicha transmisión; en tanto que las dos últimas son derivadas, en virtud de que para que un infante pueda ser contaminado por el virus de la inmunodeficiencia humana, necesariamente, debe darse como presupuesto lógico que la madre previamente había sido infectada. En tanto que para que un individuo pueda adquirir el VIH por trasplante o injerto, necesariamente también debe darse como presupuesto lógico que el órgano injertado, previamente había sido contaminado en el cuerpo del donante.

Teniendo como base las anteriores afirmaciones, los científicos han detectado dos patrones bien diferenciados de formas de transmisión, a los cuales han denominado: a)- Patrón Occidental y b) Patrón Africano.

El Patrón Occidental, que se presenta fundamentalmente en los Estados Unidos de Norteamérica y en países de Europa Occidental, se caracteriza porque se transmite -- fundamentalmente en homosexuales y drogadictos intravenosos, y en menor medida por transfusiones sanguíneas, incluyendo hemoderivados, transmisión por contacto heterosexual y en forma perinatal.

(20). CONASIDA (Comité Nacional para Prevención del SIDA). "El Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida: Medidas Preventivas", Pág. 6; ED.-Dirección General de Epidemiología, Subsecretaría de Servicios de Salud, Secretaría de Salud; Ed.-México, Junio de 1987.

En el Patrón Africano la transmisión se realiza -- fundamentalmente por contacto heterosexual, transmisión de sangre, incluyendo hemoderivados y en forma perinatal, entanto que en menor escala se dá la transmisión entre homosexuales y drogadictos intravenosos.

En México la epidemia que se ha presentado, hasta el momento, parece más acercada al Patrón Occidental; es - decir los grupos de mayor riesgo son los homosexuales y bi sexuales, y la relación de hombre-mujer infectados es de - 24 a 1, sin embargo la transmisión por transfusión sanguínea y hemoderivados hace que adquiera características del Patrón Africano.

Como es de esperarse el comportamiento de la transmisión del VIH es dinámico por lo que oscila entre uno y - otro patrón, de acuerdo a las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias de cada País y de la población y grupos de alto riesgo potencialmente infectantes-infectados. Es por ello que el comportamiento de la transmisión del virus en México tiende cada vez más hacia el patrón africano, en donde gran cantidad de contagiados se debe al contacto heterosexual.

"En México, proporcionalmente es más frecuente la vfa de transmisión sanguínea, sin embargo, como se señala en este último boletín, la tendencia de casos perinatales ha aumentado en los últimos meses, lo cual es un indicador de que la epidemia afecta ya a la población heterosexual". (21).

(21) Boletín Mensual No. 2, "SIDA", Pág. 155; FD.- Dirección General de Epidemiología, Subsecretaría de Servicios de Salud; Secretaría de Salud; Ed.- Año 1, 8; 15 de octubre de 1987.

Es importante señalar que uno de los factores que han coadyuvado a este cambio de comportamiento se debe fundamentalmente a que, a partir de Mayo de 1986, es obligatorio, tanto para instituciones públicas y privadas, realizar pruebas de laboratorio para detectar sangre contaminada por el Virus de Inmunodeficiencia Humana, "...Las estrategias empleadas por el Sector Salud empiezan a dar resultados. En principio, dijo, prácticamente se ha eliminado la transmisión de la enfermedad por transfusión sanguínea." (22).

1.3.4.- RIESGOS SUFRIDOS POR PERSONAS CONTAGIADAS POR ALGUN MAL VENEREO O POR EL VIRUS DE LA INMUNO DEFICIENCIA HUMANA.

Al igual que en el inciso 1.1.3., en donde presentamos los riesgos más frecuentes que pueden sufrir los individuos contagiados por alguna enfermedad transmisible, - en esta parte del presente documento expondremos, en forma sintetizada, los daños o lesiones que pueden sufrir las -- personas contagiada por algún mal venéreo.

De la misma forma en que expusimos el inciso anteriormente citado, las consideraciones que expondremos sobre las enfermedades venéreas, son síntesis del libro de - "Medicina Interna", cuyo compilador principal es el Dr. Ha

(22) CABILDO, NIGUEL. "Los altos costos hacen prever problemas para atender a sidosos", Pág. 22-23; Revista Proceso No. 580 (1er. Congreso Nacional sobre el SIDA, - organizado por la S.S.A., Cocoyoc-México), 14 de Diciembre de 1987.

rrison." (23).

SIFILIS. Es una enfermedad infecciosa crónica causada por "treponema pallidum", que se transmite generalmente por el contacto sexual.

A pesar de que la sífilis se contagia por contacto directo e íntimo de las lesiones recientes de la piel y de las mucosas, y de que puede darse el caso de que se - - transmita por el beso o la mordida, el contacto sexual es, con mucho, la forma más común de la infección. La transmisión indirecta por objetos contaminados es excepcional, ya que el germen muere en cuanto se seca.

La enfermedad puede contraerse también por inoculación con sangre infectada, por ejemplo a través de transfusiones. En el embarazo la sífilis es transmitida al feto a través de la placenta.

De las primeras manifestaciones de la enfermedad - que se presenta en una persona infectada, de 3 a 6 semanas - después de que el germen penetró al organismo, aparece la lesión primaria, el chancro, en el sitio de inoculación. - El chancro es generalmente una ulceración única de la piel o de la mucosa; esta lesión se cura espontáneamente. Más o menos a las 6 semanas de su aparición se presenta una -- erupción cutánea generalizada que se conoce como sífilis - secundaria. En este sentido, son frecuentes los síntomas-

(23). WINTROBE, THORN, ADAMS, BENNETT, HARRISON, BRAUN - - WALD, ISSELBACHÉ Y PETERSDORF; ED.-La Prensa Mexicana; Ed.- 4a. Edición en español, Págs. 2298.

generales. Los signos de sífilis secundaria también desaparecen espontáneamente.

Una vez desaparecidas las manifestaciones primarias y secundarias, el paciente queda libre de signos aparentes de la infección (sífilis latente). No obstante pueden estar evolucionando lesiones inflamatorias crónicas - progresivas en las vísceras, en el aparato cardiovascular, o en el sistema nervioso central. Los datos clínicos del ataque cardiovascular o de la neurosífilis pueden aparecer dentro de 10, 20 o más años del principio de la enfermedad; en ocasiones, los tejidos del huésped parecen estar sensibilizados a la espiroqueta y entonces se forman grandes lesiones destructivas conocidas con el nombre de gomas. Estas lesiones, que contienen muy pocas espiroquetas, aparecen en cualquier órgano pero con mayor frecuencia en la piel y los huesos.

A) Las manifestaciones clínicas de la sífilis temprana adquirida se caracteriza por la aparición de un chancro, es decir, de una ulceración indolora, solitaria y - - blanda que cicatriza lentamente formando costra.

Aproximadamente el 95% de las lesiones primarias - se encuentran en los genitales o en sus alrededores. En - el hombre el chancro aparece a menudo en el surco coronario o en el prepucio; sin embargo, puede resultar afectada cualquier parte de los órganos genitales. Los chancros en los genitales externos deben diferenciarse de lesiones tales como chancro blando, granuloma inguinal, linfogranuloma venéreo, carcinoma y otros que suelen afectar esta área. -

En la mujer la lesión primaria se asienta frecuentemente - en los grandes labios y en la horquilla, pero también se encuentra en el periné, pubis, clítoris o uretra. Los - - chancros del cuello son frecuentes y se confunden a menudo con erosiones cervicales no específicas. Un 5% de las lesiones primarias aparecen en los labios, en las glándulas mamarias o en la boca.

El período secundario de la sífilis temprana adquirida suele iniciarse por la 6a. semana de la aparición del chancro y se caracteriza por una erupción generalizada y - por la presencia de síntomas generales. En cuanto a las - lesiones cutáneas, dentro de este período, varían considerablemente y suelen confundirse con otras erupciones de la piel. Comúnmente, las lesiones tienen el aspecto de pápulas, maculopápulas o pápulas foliculares. En ocasiones aparecen lesiones anulares, pustulosas o en rupia. La erupción suele ser generalizada y frecuentemente abarca las palmas de las manos, la palmas de los pies y la cara, así como -- también el tronco y las extremidades. En algunos casos -- las lesiones son pruriginosas.

Las lesiones sífilíticas mucosas de los genitales y de la región perianal se vuelve a menudo hipertróficas y se denominan condilomas planas. Estas lesiones son excrecencias anchas, planas, verrugosas y se encuentran en - los labios mayores, periné y región anal.

Cerca del 4% de pacientes con sífilis secundaria - muestran lesiones oculares, ya sea en forma de iritis o -- neurorretinitis.

Las lesiones óseas no son raras en la sífilis secundaria; se manifiestan por áreas localizadas de inflamación y dolorimiento. La artralgia y la hidrartrosis también suelen ocurrir, pero al examen radiológico no se advierte ninguna alteración de las articulaciones. Algunas veces se observa nefrosis con proteinuria intensa, edema e hipercolesteremia. En este período de la enfermedad es posible la existencia de signos de ataque al sistema nervioso central, como parálisis de los nervios craneales o meningitis.

B) Las manifestaciones clínicas de la sífilis adquirida tardía se puede diferenciar y en consecuencia subclasificar, por el tipo de sistema u órgano al cual se afecta directamente, en consecuencia podemos decir que el *Treponema pallidum*, ataca con más frecuencia a los siguientes órganos y sistemas:

SISTEMA NERVIOSO CENTRAL. La neurosífilis y la sífilis cardiovascular son causa de muerte en 90% de los casos morales. Aunque las espiroquetas invaden todos los tejidos del sistema nervioso central, los síntomas clínicos pueden dividirse arbitrariamente en meníngeas, vasculares y parenquimatosas.

En los casos de sífilis meningovascular, suelen presentarse signos de trombosis de una o más ramas de las arterias vertebrales o cerebrales. Los síntomas del padecimiento dependen del sitio y tamaño de los vasos afectados. Puede sobrevenir monoplejía o hemiplejía, hemianestesia, afasia o hemianopsia. Frecuentemente -

se observa parálisis de los nervios craneales, así como -- convulsiones. Los pacientes con sfilis meningovasculares sufren a veces alteraciones mentales que son difíciles de distinguir de la demencia parálitica, y como pueden desarrollarse mielitis transversa aguda puede sobrevenir paraplejía, pérdida de la sensibilidad e incontinencia fecal y uri naria.

El término sfilis meningovascular se emplea para muchos pacientes con diversos signos y síntomas, tales como epilepsia, sordera, otras lesiones de los nervios craneales y cefalalgias crónicas.

Las tabes dorsales es una forma de neurosfilis en la que hay degeneración selectiva de las raíces posteriores de los nervios raquídeos y de los cordones posteriores de la médula. La ataxia es el síntoma principal de la tabes y a veces es tan acentuada que el enfermo no logra caminar o permanecer de pie, también puede presentarse pérdida del sentido de la posición, suele disminuir la sensibilidad al dolor, a la presión del testículo o del tendón de aquiles. De 50 a 60% de los enfermos con tabes tienen trastornos urinarios, es bastante frecuente que se presente la impotencia y pérdida del libido. La parálisis de los nervios oculomotores es común, lo que produce diplopía, caída de los párpados y oftalmoplejía, en tanto que de un 10 al 15% se presenta la atrofia del nervio óptico, la cual si no es tratada o es deficientemente tratada, puede ocasionar el 70% de los casos de pacientes que quedan ciegos a los 3 años, y del 90% en 5 años.

SIFILIS EN EL EMBARAZO. Es un problema muy especial, ya que el producto se infecta, después del 50. mes, a través de la placenta. El embarazo complicado con sifilis puede terminar en aborto espontáneo, muerte del producto, parto prematuro o a término, con el producto infectado.

BLENORRAGIA O GONORREA. Es una infección del epitelio columnar y transicional de las vías genitourinarias, es la principal infección que causa el gonococo. Se transmite casi exclusivamente por contacto sexual directo y es la enfermedad venérea más común del hombre, aunque el principal reservorio es la mujer asintomática; con excepción de la oftalmia neonatal que se debe a la contaminación de la conjuntiva durante el parto.

No todos los hombres en contacto con una mujer con gonorrea resultan infectados, pero los enfermos siempre desarrollan uretritis aguda. Los individuos de cualquier sexo con infección asintomática pueden transmitir la enfermedad durante meses o años sino reciben un tratamiento adecuado.

Como ya se apuntó, en los hombres generalmente resultan afectadas las glándulas uretrales, pudiendo desarrollarse prostatitis o epididimitis por extensión directa o por diseminación linfática de la infección. También es frecuente que se afecten las glándulas y el epitelio del endocérvix, y a medida que la infección progresa a lo largo del endometrio causa congestión, edema y formación de un exudado purulento.

Las infecciones gonocócicas sin tratamiento tienden a sanar con la formación de un denso tejido cicatrizal. Los estrechamientos uretrales y la esterilidad, resultante de la estenosis del epididimo o de las trompas de falopio, eran una secuela común de la gonorrea antes de que se conocieran antimicrobianos eficaces.

CHANCRO BLANDO. Es una enfermedad aguda localizada que causa el bacilo de Ducrey (*Haemophilus ducreyi*). Se caracteriza por una ulceración en el sitio de la inoculación y por infarto, crecimiento y supuración de los ganglios linfáticos regionales.

El chancro blando se contrae generalmente por contacto sexual y las lesiones se localizan casi siempre alrededor de los genitales. Se puede adquirir, la infección, de sujetos exentos de lesiones activas. El germen produce una lesión semejante cuando se inocula en lesiones abiertas de la piel y en excoriaciones cutáneas o de las mucosas.

Las ulceraciones chancrosas ocurren principalmente en las áreas genitales en la que pueden existir pequeñas erosiones (horquilla de la vulva, bordes del prepucio fimbriado y el frenillo). Después de un período de incubación, de dos a cinco días, aparece una ulceración en el sitio de la inoculación.

Posteriormente puede aparecer inflamación y supuración de los ganglios linfáticos regionales.

La lesión típica del chancro blando es una ulceración superficial irregular, dolorosa, de bordes raídos con base granulosa, friable y con exudado amarillento.

LINFOGRANULOMA VENEREO. Es un virus; generalmente se transmite por contacto sexual y se caracteriza por una pequeña lesión primaria, linfadenitis regional y síntomas generales. La enfermedad tiene varias denominaciones: linfogranuloma inginal, linfopatía venérea y bubón climático, pero el nombre más común es el de linfogranuloma venéreo, que no debe confundirse con el granuloma inginal, que es una infección ulcerosa de la piel causada por los cuerpos de Donovan.

El virus se transmite casi siempre por contacto sexual, después de un período de incubación que varía de 2 a 30 días; puede aparecer una lesión inicial, efímera, a nivel del punto de inoculación, pero más a menudo el primer signo de la infección es la inflamación y supuración de los ganglios linfáticos inginales; también puede presentarse síntomas generales graves como meningoencefalitis, queratitis, lesiones cutáneas y artritis.

Después de la lesión inicial el paciente puede permanecer asintomático durante un período prolongado, pero luego sobrevienen las manifestaciones tardías de la enfermedad, como son la estenosis del recto o la elefantiasis de los genitales.

SINDROME DE INMUNODEFICIENCIA ADQUIRIDA. En vir--

tud de que esta enfermedad, a la cual se ha calificado de plaga contemporánea, es relativamente nueva; de que aún se están desarrollando "protocolos" de investigación en diferentes centros dedicados a ello, tanto del sector público, privado y mixto a nivel mundial, y de que los investigadores no se han puesto totalmente de acuerdo sobre la epidemiología, patogenia y sintomatología de la enfermedad; se han adoptado dos definiciones que hasta la fecha parecen reunir los requisitos universales necesarios para ser aceptadas. Así podemos decir que la definición propuesta por el Centro de Control de Enfermedades de los Estados Unidos de Norteamérica (CDC), establece: "...Se considera caso de SIDA la presentación en un paciente de alguna infección oportunista o neoplasia sugestiva de inmunodeficiencia celular diagnosticada en forma confiable, y en quien se haya descartado alguna otra enfermedad subyacente (como desnutrición grave, tuberculosis o cáncer). Estas enfermedades incluyen: neumonía por *Pneumocystis*, herpes simple mucocutáneo diseminado de más de 5 semanas de duración, enterocolitis por *cryptosporidium* de más de 4 semanas de duración, esofagitis por *candida albicans*, citomegalovirus o herpes simple, leucoencefalopatía multifocal progresiva, neumonía, meningitis o encefalitis por uno o más de las siguientes: *aspergillus*, *C. albicans*, *cryptococcus neoformans*, citomegalovirus, nocardia, *strongyloides*, *toxoplasma gondii*, zygomycesis o *mycobacteriosis atípicas*, sarcoma de kaposi (en pacientes menores de 60 años) y linfoma primario de sistema nervioso central." (24).

(24). Boletín Mensual No. 1 "SIDA", Pág. 15-16; ED.- Dirección General de Epidemiología, Subsecretaría de Servicios de Salud, Secretaría de Salud; Ed.-Año 1, No. 1; 10. de Marzo de 1987.

En tanto que la definición propuesta por la Organización Mundial de la Salud ha establecido: "...En caso de no contar con los medios para diagnosticar ninguna de las anteriores, se considera caso de SIDA en adultos si el paciente padece por lo menos dos signos mayores asociados o por lo menos uno menor en ausencia de causas conocidas de inmunodeficiencia como cáncer o disminución grave u otras etiologías reconocidas y tiene serología positiva para VIH (corroboradas mediante prueba confirmatoria).

SIGNOS MAYORES:

- A) Pérdida del 10% o más del peso corporal (sin causa aparente).
- B) Diarrea crónica mayor de un mes de duración.
- C) Fiebre prolongada con duración mayor de un mes (intermitente o constante).

SIGNOS MENORES:

- A) Tos persistente por más de un mes.
- B) Dermatitis pruriginosa generalizada.
- C) Herpes zoster recidivante.
- D) Candidiasis orofaríngeo.
- E) Infección por herpes simple crónica progresiva y diseminada.
- F) Linfadenopatía generalizada.

La presencia de sarcoma de Kaposi o meningitis - - -

eriptocócica son suficientes por sí mismas para diagnóstico de SIDA." (25).

Para efectos del presente trabajo nos conformaremos con afirmar que el virus de la inmunodeficiencia humana, por pertenecer a la subfamilia de los retrovirus, forma un eslabón entre los ARN-virus y los ADN-virus, y recibe el nombre de retrovirus porque el tipo de información genética de todo tipo de célula u organismo va de ADN a -- ARN, y de ahí hacia la proteína, proceso que el VIH desarrolla en forma inversa. Este tipo de retrovirus ataca en el ser humano, fundamentalmente, a las células inmunológicas, (las cuales desarrollan la función de producir anticuerpos) en consecuencia cuando el ser humano es afectado por alguna enfermedad, de las llamadas oportunistas, ésta encuentra un estado propicio para desarrollarse libremente, en virtud de la destrucción previa de los medios productores de defensa y causar irremediamente la muerte.

Hasta el momento se ha podido determinar que el SIDA es la última etapa de la infección generada por el VIH (virus de la inmunodeficiencia humana), sin embargo esta última etapa parece ser menos infecciosa, es decir, susceptible de transmisión, que las etapas anteriores de la evolución del VIH y aún menos peligrosa; en virtud de que puede ser detectada con plena seguridad en el paciente infectado.

Lo anterior se debe a la evolución natural del vi-

(25). Boletín Mensual No. 1 "SIDA", Pág. 18; ED.-Dirección General de Epidemiología, Subsecretaría de Servicios de Salud, Secretaría de Salud; Ed.-Año 1, No. 1, 10. de Marzo de 1987.

rus en el cuerpo infectado ya que su desarrollo parece ser el siguiente:

Al invadir un cuerpo sano éste no desarrolla una respuesta inmediata, ya que los anticuerpos que genera el organismo humano no suelen aparecer antes de 6 semanas que siguen a la infección, así pues hay una corta "ventana" de tiempo durante la cual las pruebas de anticuerpos no permiten o coadyuvan a identificar a una persona recientemente infectada, y sin embargo esta persona puede ser considerada potencialmente como vector del virus.

Otro de los fenómenos que puede concurrir en un organismo recién infectado se presenta cuando el microorganismo o provirus se integra a los cromosomas de la célula infectada y en consecuencia puede tomar la calidad de virus latente o silencioso. Este estado persiste hasta que algún factor, aún desconocido, lo active y con ello se inicie la reproducción viral; pasando el huésped de ser portador asintomático a alguna fase clínica de complejo relacionado al SIDA o al SIDA. A la fecha se desconocen cuáles pueden ser los factores que activen el retrovirus en los pacientes asintomáticos, pero hay indicios de que pueden ser activados por los citomegalovirus, por el herpes, virus simple tipo 1 y 2; por Epstein-Barr virus y por el virus hepatitis B.

Hasta la fecha, se han podido detectar las siguientes etapas de evolución del virus de la inmunodeficiencia en el organismo humano; las cuales se han manifestado en una forma compleja y dinámica con características de irre-

versibilidad de una etapa posterior hacia una anterior y - con cuadro clínicos equiparables en cuanto a gravedad y -- pronóstico de la última etapa de evolución del retrovirus, es decir del SIDA, en consecuencia la evolución de las infecciones por VIH se presenta de la siguiente forma:

SEROCONVERSION, INFECTADOS E INFECTANTES. En la actualidad la detección de anticuerpos es la forma más - - práctica de detectar cuando un sujeto ha tenido contacto - con el virus. (El tiempo de incubación para la formación de anticuerpos se considera que oscila entre 6 a 8 semanas, aunque puede ser variable). Desde el punto de vista de la salud pública es importante hacer énfasis en que los sujetos con anticuerpos se consideran infectado e infectantes.

INFECCION AGUDA. Poco tiempo después de que se ha tenido contacto con el VIH es posible que se presente un - síndrome similar al de la mononucleosis infecciosa, este - corresponde a la infección primaria, se requiere la seroconversión VIH. Corresponde al grupo I de la clasificación CDC. Una vez resuelto el cuadro clínico agudo estos sujetos cursan asintomáticos o evolucionan hacia otro estado.

INFECCION ASINTOMATICA. Se consideran en este grupo a aquellos sujetos en los que se detectan niveles de anticuerpos y que no han presentado manifestaciones clínicas de la enfermedad. Pueden cursar o no con alteraciones de laboratorio (linfopenia, trombocitopenia, disminución en el número de linfocitos cooperadores).

En estudios recientes se ha observado que después de 6 años el 15% desarrollan SIDA, el 27% linfadenopatía, el 24% alteraciones hematológicas y el 39% permanecen sin manifestaciones clínicas anormales. Estos porcentajes varían de acuerdo a los diferentes autores..." (26).

"LINFADENOPATIA GENERALIZADA PERSISTENTE. Las personas de este grupo presentan crecimientos ganglionares mayores de un centímetro, en dos o más sitios, excluyendo las regiones inguinales, con duración mayor de 3 meses. En caso de desarrollar sintomatología agregada se clasifican en algún otro grupo; sin embargo si ésta sintomatología desaparece no se les vuelve a considerar en este rubro.

A continuación se consideran otros cuatro grupos que no son excluyentes y en los que los pacientes pueden tener sintomatología diversa, desde leve hasta grave.

ENFERMEDAD CONSTITUCIONAL O COMPLEJO RELACIONADO AL SIDA. En este grupo se clasifican aquellos enfermos que presentan sintomatología inespecífica (fiebre y/o diarrea persistente por más de un mes, pérdida de peso involuntario mayor al 10%, en ausencia de algún otro padecimiento que lo explique). Este rubro corresponde al subgru-

(26). De acuerdo a los datos proporcionados por el CONASIDA se ha establecido: "En estudios recientes se ha observado que después de 7 años, el 30% de los sujetos infectados desarrollan SIDA, el 46% linfadenopatía generalizada, candidiasis oral, pérdida de peso, fiebre persistente o diarrea; y el 24% permanecen sin manifestaciones clínicas anormales" Pág. 12 "El Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida; Medidas Preventivas"; ED.-Dirección General de Epidemiología, Subsecretaría de Servicios de Salud, Secretaría de Salud; Ed. México, D.F.

po IV de la clasificación del CDC.

INMUNODEFICIENCIA CON INFECCION Y/O NEOPLASIA SECUNDARIA. Este grupo es el que tradicionalmente se ha considerado con fines de vigilancia epidemiológica de acuerdo a la definición del CDC. La manifestación principal es un padecimiento infeccioso o neoplásico que indica inmunodeficiencia celular, en ausencia de alguna otra enfermedad que la explique. Algunos casos requieren de serología positiva para considerarlos en este grupo. Como ejemplo se considera aquellos pacientes en los que se detectan bacilos ácido alcohol resistentes en dos o más sitios, o que presentan bacteremias recurrentes por *Salmonella* no typhi; todo esto acorde a la definición de casos adoptados a México. Estos enfermos corresponden a los subgrupos IVc y IVd de la clasificación del CDC.

ENFERMEDAD NEUROLOGICA POR VIH. El cuadro clínico de estos sujetos puede tener tres variantes: 1) encefalitis subaguda manifestada por demencia; 2) mielopatía en la que se presenta paraparesia progresiva, acompañada de ataxia, epasticidad e incontinencia; y 3) neuropatía periférica manifestada en tres subtipos: 3.1 Un cuadro de neuropatía sensorial dolorosa que afecta los núcleos dorsales; 3.2 neuropatía multifocal que se observa tanto en pacientes con SIDA, como pacientes con complejo relacionado y 3.3. neuropatías desmielizantes similares a las del síndrome de Guillan-Barré, y que se han correlacionado a un fenómeno autoinmune.

OTROS.- En este grupo se incluyen otras condiciones clínicas que no pueden clasificarse en los rubros an-

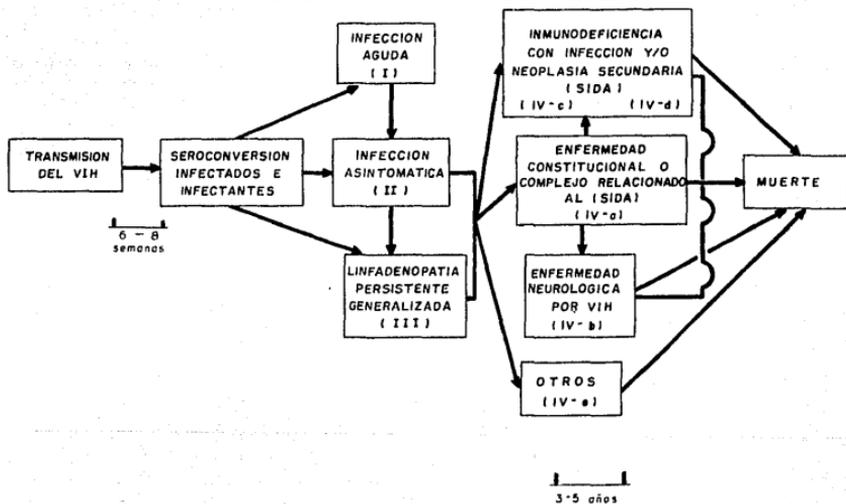
teriores, dado el desconocimiento que tenemos de otras manifestaciones de la enfermedad." (27).

Sea cual sea la etapa o los síntomas que desarrolle y presente una persona infectada por el virus de la inmunodeficiencia adquirida una cosa es cierta, por lo menos hasta la fecha, es un padecimiento incurable, y en consecuencia tiene una tasa de letalidad muy elevada "...alcanza un promedio de 40 a 50% en los países desarrollados. -- Sin embargo, cuando se analizan cohortes específicos, la tasa de letalidad puede ser del 30 al 100% en los pacientes observados durante tres o más años después del diagnóstico. (28).

(27) Boletín Mensual No 2, "SIDA", Pág. 39-40; ED.-Dirección General de Epidemiología, Subsecretaría de Servicios de Salud, Secretaría de Salud, ED.- Año 1, No. 2, 15 de Abril de 1987.

(28) CONASIDA (Comité Nacional para prevención del SIDA) - "El Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida: Medidas Preventivas" Pág. 13; ED.- Dirección General de Epidemiología, Subsecretaría de Servicios de Salud, Secretaría de Salud; Ed.- México, Junio de 1987.

EVOLUCION DE LA INFECCION POR EL VIH



(I) CLASIFICACION DE LA INFECCION DEL CDC

ESTA TESIS NO PUEDE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

II.- LA CONDUCTA Y SU ASPECTO NEGATIVO.

II.1.- GENERALIDADES: CONDUCTA O HECHO EN EL DELITO DE PELIGRO DE CONTAGIO.

Partimos de la aseveración de que existen diferentes corrientes o sistemas para abordar el estudio o para efectuar el análisis de los delitos; sin embargo son dos, - hasta la fecha, los más aceptados por los autores contemporáneos. Dichos sistemas son: el Unitario o totalizador y el sistema anatómico o analítico.

De acuerdo al primero de los sistemas enunciados, - el delito es como un obelisco, es decir, un bloque indiviso, el cual no puede ni debe fraccionarse ni aún con fines de estudio; en éste sentido apunta Francisco Antolisei "...para los afiliados a esta doctrina, el delito es como un bloque monolítico, el cual puede presentar aspectos diversos, pero no es de modo alguno fraccionable." (1). En consecuencia pensamos que los defensores de esta corriente al hablar de la separación de los elementos que conforman el delito, lo toman como un fin en sí mismo y no como una herramienta o medio para estar en posibilidades de conocer la naturaleza del delito sometido a estudio.

A diferencia de la anterior posición, los autores que profesan y ejercitan el método analítico o atomizador estudian al delito a partir de los elementos que lo inte-

(1). Citado por CASTELLANOS TENA, FERNANDO. "Lineamientos elementales de Derecho Penal". Pág. 129; ED.-Porrúa, Ed.-Vigésima edición, México, 1984.

gran, pero nunca desconocen o rechazan la interrelación e interactuación que existe entre cada una de las partes, en este sentido afirma Fernando Castellanos Tena "...evidentemente para estar en condiciones de entender el todo, precisa el conocimiento cabal de las partes; ello no implica, por supuesto, la negación de que el delito integra una unidad". (2).

Dentro de este último sistema o método de análisis existe divergencia entre los autores, no en cuanto a la -- sistematización metodológica sino en cuanto al número de elementos que integran el delito. Así por ejemplo, Edmundo Mezguer, es partidario de que el método para analizar los delitos debe comprender un total de cuatro elementos; es decir, de acuerdo a ésta concepción tetratómica, los delitos están integrados por una acción, la cual debe ser típica, antijurídica y culpable.

En cambio para Eugenio Cuello Calón todo delito es tá integrado por una acción humana, la cual debe ser antijurídica, típica, culpable y en consecuencia punible, integrándose por lo tanto, una concepción pentatómica de los mismos.

Por su parte, Luis Jiménez de Asúa, esgrime una definición heptatómica (integración de siete elementos) de los delitos, en virtud de que establece: "...el delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a ve--

(2). "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Pág. 129; ED.- Porrúa, Ed.- Vigésima edición. México, 1984.

ces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. A nuestro juicio, en suma, las características del delito serían éstas: actividad, adecuación típica, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, penalidad, y en ciertos casos, condiciones objetivas de punibilidad." (3).

Como puede observarse, la mayoría de los tratadistas del Derecho Penal que abordan el estudio de los delitos a partir de la corriente analítica o atomizadora, difieren en cuanto al número de elementos que lo integran, pero ninguno ha excluido a la conducta (llámese acción o acto) como elemento inicial del ilícito penal; es decir, de conformidad con la prelación lógica del delito, la conducta es y debe ser el basamento sobre el cual se estructura un análisis dogmático-jurídico. En este sentido apunta Laureano Landáburu "...el conocimiento del delito debe -- ser efectuado en varias etapas sucesivas: primero debe examinarse el elemento acción; después, la antijuridicidad; luego la imputabilidad; más tarde la culpabilidad, etc. (4). Si bien es cierto que afirmamos que la conducta es el primero de los elementos del delito que debe analizarse, no quiere decir que existe una relación o prioridad temporal o de aparición con relación a los restantes elementos del ilícito penal, en virtud de que, así lo señala Celestino - Porte Petit, "...sus elementos, por la indisoluble unidad

(3). "La Ley y el Delito-Principios de Derecho Penal." --- Pág. 207; ED.-Hermes, Ed.-3a. Corregida y actualizada Buenos Aires, Argentina, 1959.

(4). Citado por PORTE PETIT C., CELESTINO "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal". Pág. 282; ED.-Porrúa, S.A., Ed.-Sexta Edición, México, 1982.

del mismo, concurren simultáneamente" -y más adelante apunta- "la conducta, dentro de la prelación lógica, ocupa la base, el primer lugar en que descansarán los restantes elementos del delito" y -concluye- "viene a constituir un elemento esencial, general y material de todo delito."(5).

Si bien es cierto que hay acuerdo entre los diferentes autores, que tratan el tema, en considerar, dentro de la prelación lógica, a la conducta como el primer elemento de la dogmática jurídica, también es cierto que hay divergencia en cuanto a la denominación del citado elemento en virtud de que muchos lo intitulan conducta, otros acción, actividad, acto, hecho, acontecimiento, etc.

Así, por ejemplo, el término acción ha sido empleado por penalistas como Giuseppe Maggiore y Eugenio Cuello Calón, entre otros; sin embargo consideramos que tal vocablo es inadecuado en virtud de que dicho concepto sólo - abarca el "hacer", no así el "omitir" y por lo tanto viene a consistir tan solo una de las formas que adquiere el primer elemento del delito. Es importante hacer la aclaración de que los teóricos del derecho penal han tratado de elaborar una justificación, es decir, de elaborar una concepción que solucione dicha deficiencia, para lo cual afirman que la palabra acción abarca a la acción, strictu sensu y a la omisión, y con ello tratan, al parecer, de integrar una concepción latu sensu, del vocablo acción.

Esta posición más que solucionar la deficiencia --

(5). "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal". Pág. 283 y 289; ED.-Porrúa, S.A.; Ed.- Sexta Edición, México, 1982.

agrava el problema en virtud de que, por un lado, con la utilización del mencionado vocablo, unas veces en forma genérica y otras en forma específica, hacen que no exista -- precisión y claridad en la terminología utilizada para analizar los delitos y por otra, consideramos que la acción, latu sensu, no puede incluir el concepto omisión en virtud de que son vocablos cuyo significado implica contradicción y de acuerdo con los principios básicos de la lógica, una cosa no puede ser y ser al mismo tiempo. En este sentido opina Celestino Porte Petit "...La expresión acción no es la adecuada, porque no contiene o abarca la omisión, al -- ser su naturaleza contraria a ésta. La acción implica movimiento y la omisión, todo lo contrario: inactividad. -- Viene a constituir cada una de ellas el anverso y reverso de una medalla, y si son términos antagónicos, una de -- ellas no puede servir de género para el otro." (6)

Por otra parte, debe descartarse también la palabra actividad por ser ésta sólo un elemento de la acción, entendida como forma del elemento objetivo, y en virtud de -- que aún otorgando la mayor elasticidad al continente del -- término, apenas y se le puede equiparar al concepto acción, dejando con ello intactos los razonamientos sobre la acción y omisión que esgrímimos al analizar el término acción latu sensu.

Por su parte Luis Jiménez de Asúa afirma: "El primer carácter del delito es ser un acto"- y más adelante afirma: "advíertase, además que usamos la palabra acto en una acep-

(6). "Apuntamientos de la Prte General de Derecho Penal".- Pág. 290; Ed.- Porrúa, Ed.- Sexta edición, México, -- 1982'

ción más amplia, comprensiva del aspecto positivo acción y del negativo omisión" -para concluir- "...puede definirse el acto: Manifestación de la voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda." (7). Esta posición doctrinaria es inconsistente porque en los delitos plurisubsistentes, la acción (como forma de conducta) está integrada por varios actos y en consecuencia, un vocablo no puede ser género y especie al mismo tiempo y con relación a un mismo parámetro. Por lo tanto, el vocablo acto, es tan solo una parte del elemento objetivo y que en determinados casos -- puede ser reducido a un movimiento instintivo, automático o irreflexivo del cuerpo humano.

Entre los diferentes autores mexicanos del Derecho Penal, que adoptan el concepto conducta como el idóneo para definir el primer elemento del delito, encontramos a Mariano Jiménez Huerta y Fernando Castellanos Tena: El primero sostiene, en relación a este punto: "...La expresión "conducta" es gramaticalmente lo suficiente amplia para recoger en su contenido con exactitud las diversas formas en que el hombre manifiesta externamente su voluntad, esto es, tanto las formas positivas que exigen actividad muscular, como aquellas otras que implican inactividad, inercia o -- inacción. Resulta paradójico que esta segunda forma que puede revestir el primer elemento del delito-caracterizada por una inactividad o ausencia de acción-forma parte de un concepto general denominado "acción" o "actividad". La ex

(7). "La Ley y el Delito.- Principios de Derecho Penal", - Pág. 210; ED.-Hermes, Ed.- 3a. Corregida y Actualizada, Buenos Aires, Argentina, 1959.

presión "conducta" es más apta para designar el primer requisito de la infracción." (8). Por su parte, Fernando -- Castellanos Tena, sostiene: "Nosotros preferimos el término conducta, dentro de el se puede incluir correctamente -- tanto el hacer positivo como el negativo." -- y antes afirmó: "la conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito." (9)

Por su parte Celestino Porte Petit también acepta el concepto conducta como primer elemento del análisis dogmático del delito; defiende la posición de que el citado -- concepto es el adecuado, ya que abarca la acción y la omisión, sin embargo incluye un nuevo precepto que debe formar parte del continente del primer elemento del delito, -- ya que, para dicho autor, la "conducta" (acción u omisión) debe ser denominado "hecho", cuando se presenta un resultado material y se puede establecer un nexo casual entre dicha conducta y el resultado producido... "El término conducta es adecuado para abarcar la acción y omisión, pero -- nada más. Es decir, dentro de la conducta no puede quedar incluido el hecho, que como expondremos más adelante, se -- forma por la concurrencia de la conducta (acción u omisión) del resultado material y de la relación de causalidad." -- (10). Como puede observarse, el mencionado autor, hace én

- (8). "Panorama del Delito. Nullum Crimen sine conducta"; -- Pág. 2-3; ED.- Imprenta Universitaria. Ed.- México, 1950.
- (9). "Apuntamientos Elementales de Derecho Penal." Págs. -- Págs. 149 y 293, ED. Porrúa; Ed.- Vigésima Edición, -- México, D.F., 1984.
- (10). "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", -- pág; 292-293; ED.- Porrúa, S.A., Ed.- Sexta Edición, México, 1982.

fasis en que no se puede adoptar, en general, el concepto-conducta porque dejaría al margen los casos en que, como consecuencia de dicha conducta, se operará una mutación en el mundo exterior; en tanto de que el concepto hecho, resulta excesivo para los delitos de mera actividad o inactividad.

De todas las corrientes doctrinarias expuestas, -- consideramos que la más sistemática y acertada es la que profesa este último autor; sin embargo pensamos que sería interesante analizar, aunque esto puede ser material de otro trabajo, si lo que él denomina hecho (resultado y nexa casual) no es solo uno de los resultados de la conducta, -- en virtud de que a toda acción corresponde un resultado -- ya formal-jurídico o material, así como a toda omisión corresponde un resultado, ya formal o jurídico, o un resultado material (comisión por omisión). En consecuencia, si aceptamos que el continente del concepto resultado abarcando el mutamiento del mundo exterior, como el mutamiento formal en el orden jurídico, no habrá delito sin resultado y por ende nos parece innecesario subdividir el primer elemento del delito en conducta y hecho.

No obstante lo anteriormente expuesto y en virtud de que en la vida profesional trataremos de ahondar al respecto, consideraremos, a lo largo del presente trabajo, -- que la posición adoptada por Celestino Porte Petit C. es la más acertada, y en consecuencia a ella nos apegaremos.

- a) Conducta o Hecho en el Delito de Peligro de Contagio.

El Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, publicado en el Diario de la Federación el 14 de Agosto de 1931, en su Artículo 199 Bis establece:

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

Cuando se trata de cónyuges, sólo podrá procederse por querrela del ofendido."

De la anterior descripción típica podemos inferir que el elemento objetivo de este delito está constituido por una conducta, la cual consiste solo en una acción y -- que al ejecutarse presupone, únicamente, una actividad (poner), pero no implica un resultado material. En consecuencia, el delito de peligro de contagio es un delito que implica una mera conducta, porque la actividad generadora -- del ilícito se agota con la acción.

Como es de observarse, y a diferencia del elemento objetivo hecho, en los delitos de peligro de contagio es irrelevante la consecuencia que pudiera causarse, si se -- realiza efectivamente el contagio, ya que el elemento objetivo "conducta" queda totalmente integrado con la acción -- del sujeto activo; tal afirmación la desprendemos de la -- descripción típica del mencionado Artículo en virtud de --

que en ella no se incluye, en su redacción, resultado alguno.

Por otro lado, podría objetarse que de la descripción típica del mencionado precepto sí se puede desprender un resultado material, en la medida en que "se causare el contagio"; sin embargo, esta hipótesis no forma parte del núcleo del tipo de peligro de contagio, sino que es una referencia de otro tipo, y en consecuencia nos remite a la integración típica del delito de lesiones. En este sentido podemos afirmar que en el delito que estamos analizando se presentan las siguientes hipótesis:

a) Sujeto Activo enfermo de Sifilis o de un Mal Venéreo:

- 1) Desconocer su enfermedad.
- 2) Conoce de su enfermedad, pero ésta se encuentra en un período no infectante.
- 3) Conoce de su enfermedad, está en un período infectante, pero la transmite por otro medio que no es la relación sexual.
- 4) Conoce de su enfermedad, está en un período infectante, y tiene contacto sexual con el sujeto pasivo.
- 5) Conoce de su enfermedad, está en un período infectante y tiene contacto sexual con el sujeto pasivo, produciendo el contagio.

En relación con la primera hipótesis planteada, po

demos afirmar, aunque más adelante ahondaremos en el punto, que se presenta una inculpabilidad en virtud de que se encuentran ausentes dos elementos esenciales de la culpabilidad como lo son el conocimiento y la voluntad. Con relación a la segunda y tercera hipótesis podemos afirmar que existe una atipicidad en virtud de que, por un lado, al no encontrarse la enfermedad en período infectante no se integra esta hipótesis de antijuridicidad especial exigida por el tipo, y por el otro, no se realiza el hecho por los medios comisivos específicamente señalados por la Ley.

Es hasta la cuarta hipótesis en que efectivamente se integra y por lo tanto se perfecciona el tipo descrito por la Ley, integrándose, en consecuencia, el delito de peligro de contagio.

En la quinta hipótesis, a la vez que se integran los elementos típicos del delito de peligro de contagio, se integran los elementos del delito de lesiones (con lo cual surge el problema del concurso de delitos, en virtud de que con una sola conducta se cometen varios ilícitos) - en donde existe un resultado material y un nexo causal, entre la conducta y el resultado producido.

II.2.- ELEMENTOS DEL DELITO DE PELIGRO DE CONTAGIO.

Con estos antecedentes podemos afirmar que somos partícipes de la corriente exatómica de los delitos y, en consecuencia, pensamos que los elementos del delito en estudio están integrados por una mera conducta, la cual debe ser típica, antijurídica, imputable y culpable, sancionada

con una pena corporal y pecuniaria hasta de tres años y -- hasta de tres mil pesos, respectivamente, y aún cuando -- existe una hipótesis de condiciones objetivas de punibilidad, (la querrela necesaria entre cónyuges) ésta no es elemento esencial del ilícito, sino tan solo condiciona la aplicación de la punibilidad.

II.3.- CLASIFICACION EN ORDEN A LA CONDUCTA.

De acuerdo a la conducta del agente o según la manifestación de la voluntad, afirma Celestino Porte Petit, los delitos pueden ser clasificados en: "a) Acción; b) Omisión; c) Omisión mediante acción; d) Mixtas de acción y omisión; e) Delitos sin conducta, de sospecha, de posición o de comportamiento; f) Omisión de resultado; g) Doblemente omisivos; h) Unisubsistentes y pluri subsistentes; i) Habitual." (11).

De la anterior clasificación, tal y como lo afirma la doctrina, en México sólo tienen relevancia los delitos de acción, de omisión, comisión por omisión u omisión-compleja y los delitos unisubsistentes y plurisubsistentes, en virtud de que de conformidad con la conducta del agente las restantes clasificaciones de la conducta no se han sistematizado en forma convincente.

Para efectos del presente documento, nos conformamos con afirmar que de acuerdo a la conducta del agente, -

(11). "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", Pág. 371, ED.- Porrúa; Ed.- Sexta edición, México, - 1982.

o según la manifestación de la voluntad, los delitos pueden ser de acción y de omisión. Los delitos de acción, que son en este caso los que nos interesan, afirma el profesor Fernando Castellanos Tena: "...se cometen mediante un comportamiento positivo, y en ellos se viola una ley prohibitiva." (12).

La acción en amplio sentido consiste en la conducta exterior voluntaria encaminada a la producción de un resultado, el cual puede ser típico o extratípico.

Se puede definir también a la acción como una conducta positiva que produce un cambio en el mundo exterior, el cual puede ser formal o jurídico y material.

Existen diferentes posiciones al analizar y exponer los elementos de la acción, sin embargo consideramos - como la más acertada aquella que establece que los elementos de la acción son tres:

1. Voluntad o querer del agente.
2. La actividad desplegada por el sujeto activo - del ilícito, y
3. El deber jurídico de abstenerse, en virtud de desprenderse de una Ley prohibitiva.

En consecuencia, al hablar de la acción no basta -

(12). "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", Pág.136; ED.-Porrua; Ed.-Vigésima edición, México, 1984.

con afirmar que es una conducta positiva que produce un -- cambio en el mundo exterior, sino que debemos tener presente que esta actividad se desprende de la voluntad del agente; que la realiza el mismo agente y que viola un precepto jurídico prohibitivo. Antolisei Francesco, sostiene que - "...el delito no se concibe sin acción y ésta no basta por sí misma para integrar su concepción, aún y cuando pueda afirmarse que la acción es un elemento constitutivo del delito, es decir, es parte esencial del primer elemento de la estructura del delito." (13).

a) Entendidas así las cosas y como ya lo afirmamos, el delito de peligro de contagio es un delito de acción. Es un delito de acción porque para su realización el agente despliega una actividad o movimiento corporal, el cual se describe en el tipo con el verbo "poner"; el mismo que implica, por la naturaleza del mismo verbo, un "hacer"; -- aseveración que se confirma si se atiende a la naturaleza prohibitiva de la norma. Sobre este tópico sostiene Ignacio Villalobos: "...Los delitos de acción son aquellos que se realizan por un movimiento positivo del hombre, como sucede al disparar contra un semejante o al pronunciar un discurso incitando a la rebelión. Forman la mayoría y van siempre contra una Ley prohibitiva." (14).

El segundo elemento integrante de la acción, en el

- (13). Citado por, CARDENAS F., RAUL, "Derecho Penal Mexicano, Parte Especial, Tomo I; Delitos contra la vida y la integridad Corporal", Pág.129, ED.-Jus, S.A.; Ed. Primera Edición, México, 1962.
- (14). "Derecho Penal Mexicano. Parte General". Pág. 245; - ED.- Porrúa, Ed.- Segunda edición, México, 1960.

presente delito, está integrado por la voluntad o querer - del agente (dolo directo), el cual se encuentra citado en la descripción típica por el término "sabiendo", elemento-subjetivo del injusto que se tratará en su oportunidad y - el cual forma parte del núcleo del tipo, de tal manera que si falta el dolo que la expresión "sabiendo" implica, no - se realiza la hipótesis prevista.

El tercer elemento que integra la acción del ilfcito en estudio, como sucede con todos los delitos, implica que los actos corporales externos del sujeto activo tengan una adecuación típica, es decir que exista un deber jurídico de abstenerse en ejecutar una conducta, en este caso -- prevista en el Artículo 199 Bis. del Código Penal vigente.

Como ya hemos reiterado varias veces, por la naturaleza misma del núcleo del ilfcito penal, es un delito de acción y en consecuencia no puede hablarse de delito de peligro de contagio por omisión; podría objetarse, acaso, -- que el ilfcito se puede perfeccionar por la omisión de uso de preservativos, concretamente con el uso del "condón", - el cual técnicamente es el medio idóneo para evitar el contagio, pero más que de conducta omisiva estaríamos haciendo referencia a una de las formas que puede tomar la culpabilidad, es decir la culpa, ya que por medio de la negli--gencia o de la imprudencia o por dolo se pone en peligro - de contagio al sujeto pasivo.

b) Delito unisubsistente o plurisubsistente, se -gún el caso, será unisubsistente cuando la conducta se agote en un solo acto, pero dicha acción también puede inte--

grarse por varios actos, en cuyo caso se estará frente a un delito plurisubsistente, en este sentido afirma Fernando Castellanos Tena "...Por el número de actos integrantes de la acción típica, los delitos se denominan unisubsistentes y plurisubsistentes; los primeros se forman por un solo acto, mientras los segundos constan de varios actos." - (15).

Giuseppe Bettio, al ocuparse de los delitos unisubsistentes y plurisubsistentes, parece referir dicha clasificación en forma exclusiva a los delitos de acción, según se advierte en los conceptos que a continuación transcribo:

"La acción se puede distinguir normalmente de varias maneras. Nosotros pensamos que es preciso distinguir la "acción" como término genérico, complejo, unitario, de cada uno de los "actos" que pueden constituir la acción; actos que tienen una autonomía naturalística, pero que carecen de una nota de valor, cuando no se consideran en relación con el fin intentado por la acción. En relación con esta posibilidad de distinción, los delitos se distinguen en unisubsistentes y plurisubsistentes. Los primeros no admiten un fraccionamiento de la acción en varios actos, sino que la acción delictuosa, y por tanto el delito, es consumado tan pronto como "único acto" el agente haya manifestado su voluntad delictuosa (por ejemplo, delito de injuria que se perfecciona con la simple pronunciación de la palabra injuriosa): mientras que los segundos admiten un-

(15) "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", Pág. - - 142; ED.- Porrúa, S. A.; Ed.- Vigésima Edición, México, D. F., 1984.

fraccionamiento de la acción o del proceso ejecutivo del delito en varios actos distintos, de modo que la acción -- puede también detenerse in itinere y dar lugar a la figura de la tentativa (por ejemplo, el homicidio requiere un proceso ejecutivo escindible en varios actos). Tal distinción de los delitos es importante porque en relación a los delitos plurisubsistentes surgen varios problemas: el de la tentativa, del lugar y del tiempo del delito cometido, y así en adelante. Los delitos "qui único acto perficiuntur" (que son ejecutados con un solo acto), son delitos de acción, esto es delitos que bajo el perfil del hecho se caracterizan en una acción, independientemente de todo resultado que pueda originarse, mientras que los delitos de ejecución compuesta son casi todos delitos de acción y de resultado." (16)

Bajo estas premisas, afirmamos que el delito en estudio es unisubsistente, en virtud de que la conducta "poner" se agota en un solo acto, es decir que la acción delictuosa, y por lo tanto la integración del delito, es consumado tan pronto se efectúe, como "unico actu", el medio idóneo en que se manifiesta la voluntad delictuosa, es decir, el acto sexual, así mismo y tal como lo afirma Giuseppe Bettiol, también se caracteriza en una acción (conducta) independientemente del resultado que pueda originarse.

II.4.- CLASIFICACION EN ORDEN AL RESULTADO.

En México, y de conformidad con lo establecido --
 (16). Citado por PORTE PETIT C., CELESTINO. "Programa de la Parte General del Derecho Penal"; Pág. 291; ED.-Universidad Nacional Autónoma de México; Ed.- Segunda Edición. México, 1968.

por el Artículo 7o. del Código Penal vigente, se establece que los delitos pueden ser: instantáneos, permanente o continuo y continuado; en tanto que la Doctrina ha clasificado a los delitos en la forma siguiente:

- a) Delitos instantáneos.
- b) Delitos instantáneos con efectos permanentes o delito permante impropio.
- c) Delitos permanentes o contfnuos.
- d) Delitos necesariamente permanentes.
- e) Delitos eventual o alternativamente permanentes.
- f) Delitos de simple conducta o formales.
- g) Delitos de resultado o materiales.
- h) Delitos de daño o lesión y de peligro.

De conformidad con esta clasificación, intetaremos la ubicación del delito de peligro de contagio que hoy nos ocupa:

a). Es instantáneo porque la acción que lo consuma se agota en el mismo momento. Sebastian Soler afirma - que: "...El carácter de instantáneo, no se lo dan a un delito los efectos que él causa, sino la naturaleza de la acción a la que la Ley acuerda el carácter de consumatoria", en tanto que para Fernando Castellanos Tena "...El delito instantáneo puede realizarse mediante una acción - compuesta de varios actos o movimientos. Para la califica

ción se atiende a la unidad de la acción, si con ella se consuma el delito, no importando que a su vez, esa acción, se descomponga en actividades múltiples; el momento consumativo expresado en la Ley da la nota al delito instantáneo. Existe una acción y una lesión jurídica. El evento-consumativo típico se produce en un solo instante, como en el homicidio y el robo. (17).

En consecuencia, podemos desprender, de las anteriores definiciones, que los elementos del delito instantáneo son:

- a) Una conducta, representada en una acción o en una omisión.
- b) Una consumación o agotamiento en el instante -- que se despliega la acción o la omisión.

b). El Delito Instantáneo con efectos permanentes--delito permanente impropio, nos dice Remo Pannain, son -- aquellos en los cuales, "...la consumación es instantánea, pero perdura el daño producido por el delito." (18).

De la anterior definición, en concordancia con los que retoman el tema, podemos inferir que los elementos del delito instantáneo con efectos permanentes son:

- (17). Citado por CASTELLANOS TENA, FERNANDO. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal"; Pág. 138, ED.- Porrúa, Ed.- Vigésima Edición, México, D.F., 1984.
- (18). Citado por PORTE PETIT C., CELESTINO, "Programa de -- la Parte General del Derecho Penal", Pág. 287, ED.-- Universidad Nacional Autónoma de México: Ed.- 2a. -- Edición, México, 1968.

- a) Una conducta.
 - b) Una consumación o agotamiento en el instante -- que se despliega la acción o la omisión, y
 - c) Perdurabilidad de los efectos producidos.
- c). Delito permanente, contínuos o sucesivos.

Celestino Porte Petit, al abordar el tema nos dice que "...El Código Penal de 1931, en la parte final del Ar tículo 19, preceptúa que se considera para los efectos legales, delito contínuo, aquel que se prolonga, sin inte--rrupcion, lo constituye por más o menos tiempo, la acción o la omisión que lo constituyen." (19).

En consecuencia y conforme a nuestra metodología - de exposición, diremos que los elementos del delito permanente, contínuos o sucesivos, está representado por:

- a) Una conducta, constituida por una acción o una omisión, y
 - b) Una prolongación, ininterrumpida, de la consuma ción por más o menos tiempo.
- d). Delito Necesariamente Permanente.

Al respecto afirma Giuseppe Maggiore que "...la -

(19). "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", Pág. 386, ED.- Porrúa, S.A., Ed.- Sexta edición, Mé- xico, 1982.

permanencia es necesaria, si la prolongación indefinida de la acción ha sido supuesta por la ley como elemento esencial del delito." (20).

En síntesis, los elementos que conforman el delito necesariamente permanente estarán dados por:

- a) Una conducta constituida por una acción o una omisión.
- b) Una prolongación o duración de la consumación - por más o menos tiempo, y
- c) Una necesaria consumación duradera prevista y exigida en el tipo de penal.

De las anteriores definiciones podemos afirmar que del delito de peligro de contagio, es un delito instantáneo, porque tan pronto se realiza la acción, conjunción casual, se consuma el ilícito penal de peligro de contagio; por ser un delito instantáneo, de mera conducta o (formal y en consecuencia por no haber un resultado material) del delito de peligro de contagio se puede ser clasificado como delito instantáneo con efectos permanentes.

Por lo que se refiere al hecho de que el delito de peligro de contagio puede ser clasificado como delito permanente, contínuo o sucesivo, sostenemos que no puede ser permanente porque el delito se consuma en el mismo momento-

(20). Citado por PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. "Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General", pág. 240. -- ED.-Porrúa, S.A., Ed.-Octava edición, México, 1987.

en que se realiza el acceso carnal, en tanto que para que fuera clasificado como delito necesariamente permanente, - además de que su consumación se deberfa de prolongar en el tiempo, serfa necesario que así estuviera determinado en - el tipo penal respectivo, en consecuencia, tampoco puede - ser un delito necesariamente permanente.

Puede ser un delito eventual o alternativamente -- permanente porque aún siendo un delito instantáneo puede - prolongarse, en el tiempo, su consumación; en este sentido apunta Celestino Porte Petit, "...La Doctrina además del- delito, necesariamente permanente, se refiere al eventual- mente permanente, el que siendo instantáneo puede en ocsi nes prolongarse la consumación. O como dice Giuseppe Ma- ggioro, es eventual, si el delito típicamente instantáneo- se prolonga indefinidamente en algunas circunstancias."(21)

f) Es un delito de simple conducta o formal o de - simple actividad o de acción, porque la infracción crimino sa se perfecciona una vez que el sujeto activo realiza la- conducta activa descrita por la Ley, es decir, la hipóte- sis típica no requiere, para su actualización, un resulta- do material.

g) En la Doctrina se discute aún si existen o pue den existir delitos con resultado y delito sin resultado, sin embargo, el núcleo del asunto radica en la concepción, alcance y limitación del concepto resultado; así apunta -

(21). "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal"; pág. 394; ED.- Porrúa, S.A.; Ed.- Sexta edición, Mé- xico, 1982.

el profesor Celestino Porte Petit que: "...s. se acepta - un concepto naturalístico: un mutamiento en el mundo exterior, material y tangible, habrá delitos que no tengan resultado. Si se entiende como resultado el mutamiento en - el orden jurídico, no habrá delito sin resultado." (22).

Luis Jiménez de Asúa, al tratar este punto sostiene: "..El resultado no es sólo el daño cometido por el delito, no consiste únicamente en el cambio material en el mundo exterior, sino también sus mutaciones de orden moral..." "para nosotros no existe delito sin resultado. La vieja categoría de delitos formales era falsa. Lo que - - acontece en ciertas infracciones es que la manifestación de voluntad y el resultado aparecen contemporáneamente y con aspectos inseparables." (23).

La anterior posición doctrinaria nos podría servir de herramienta metodológica para efectuar el estudio de la denominación del primer elemento del delito, es decir, de la diferenciación entre la conducta o hecho, sin embargo, por no ser éste el tema central de nuestra tesis y para -- ser congruentes con anteriores afirmaciones, nos apegamos a posición doctrinaria que sostiene Celestino Porte Petit y en cual establece que son delito "...de simple o pura con ducta, formales o de resultado inmaterial, aquellos que se consuman con la realización de la conducta. Y de resulta-

(22). "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal"; Pág. 394; ED.-Porrúa, S.A.; Ed.-Sexta Edición, México, 1982.

(23). "La Ley y el Delito-Principios de Derecho Penal", -- Pág. 214; ED.-HERMES; Ed.-3a. Corregida y Actualizada, Buenos Aires, Argentina, 1959.

do o materiales, aquéllos que al consumarse producen un -- cambio en el mundo exterior." (24).

h) Por el daño que causa, el delito de peligro de contagio, definición tautológica como se afirmó en anteriores apartados, es un delito de peligro, porque el tipo no requiere para la realización de la hipótesis, que la conducta criminosa cause un daño al bien jurídico tutelado; basta que por medio de las relaciones sexuales el sujeto pasivo corra el riesgo de ser contagiado para que el ilícito alcance su perfección jurídica.

Los tratadistas han coincidido en que el peligro consiste en la posibilidad de causar un daño a los bienes o intereses protegidos por el ordenamiento jurídico-penal. Los delitos de peligro se concretan y perfeccionan con la mera posibilidad de que se produzca una lesión. Para Edmundo Mezger (25), por ejemplo, el delito de peligro estriba en la posibilidad cognoscitiva de que, ejecutada una -- conducta típica, se produzca determinado acontecimiento dañoso; tal posibilidad lesiva es, para el citado jurista, -- un juicio fundamentado en la general experiencia y en el conocimiento objetivo de las leyes que regulan los acontecimientos; juicio que implica el temor fundado e inmediato de que se presente la lesión del bien jurídico protegido -- por la ley.

(24) "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", Pág. 394; ED.- Porrúa, S. A., Ed.- Sexta Edición, México, 1982.

(25). "Tratado de Derecho Penal"; Tomo I; Pág. 252-253; -- ED.- Revista de Derecho Privado; Ed.- Segunda edición, Madrid, 1955.

Por otro lado la Doctrina, en la búsqueda de análisis más profundos y sistematizados, ha subdividido a los delitos de peligro en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, clasificación que está en función directa a la circunstancia de que se pueda demostrar o no el riesgo corrido, en este sentido señala Luis Jiménez de Asúa, "...Los autores modernos acostumbran a diferenciar este grupo de delitos de peligro, en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. En los primeros se exige, para que pueda decirse que el hecho encaja en el tipo, la demostración en cada caso de que realmente se ha producido el peligro. En cambio, en los segundos, - si bien el delito representa un peligro específico de los bienes jurídicos protegidos, la consecuencia penal no depende de que se demuestre en el caso concreto la situación de peligro especial." (26).

Bajo esta consideración, podemos afirmar que el delito de peligro de contagio es un delito de peligro concreto, en virtud de que para que pueda decirse que el hecho encaja correctamente en el tipo, es necesario demostrar, - mediante análisis clínicos, que el sujeto activo está enfermo de sífilis o de algún mal venéreo "en período infectante", en cambio delitos como el abandono de personas o la omisión de auxilio son delitos de peligro abstracto por que para aplicar la sanción penal, ésta no depende de que se demuestre, en el caso concreto, la situación de peligro especial.

(26). "La Ley y el Delito.- Principios de Derecho Penal", - Pág. 216, Ed.- HERMES, Ed.- 3a. Corregida y Actualizada, Buenos Aires, Argentina, 1959.

II.5.- RELACION DE CAUSALIDAD DE LA CONDUCTA O HECHO.

En la medida en que afirmamos que en el delito de peligro de contagio el elemento objetivo del delito está - constituido por una conducta, la cual consiste en una acción que al ejecutarse presupone, únicamente, una actividad (poner); que la actividad generadora del ilícito se -- agota en la acción, y que es un delito de simple conducta, formal, de simple actividad o de acción (porque la infracción criminosa se perfecciona una vez que el sujeto activo realiza la conducta descrita por la Ley, y en consecuencia la hipótesis típica no requiere para su perfeccionamiento un resultado material), es que sostenemos que para efectuar el análisis dogmático-jurídico del delito de peligro de contagio, no se requiere demostrar la existencia del nexo causal (relación de causalidad), porque no existe o no se presenta un resultado material.

II.6.- AUSENCIA DE CONDUCTA.

En los próximos párrafos trataremos de analizar el aspecto negativo del primer elemento de los delitos; en -- consecuencia, trataremos de explicar si se puede presentar alguna de las hipótesis que la Doctrina estima como integrantes del aspecto negativo del elemento objetivo en el delito de peligro de contagio.

Es de todos los estudiosos del Derecho Penal afirmar que muchas veces el sujeto activo del delito lleva a -- cabo el comportamiento, considerado como delictuoso, sin .-

que la infracción le sea atribuible por faltar la voluntad en la actividad o inactividad desplegada; esto es, hay una ejecución involuntaria de la conducta típica y siendo la voluntad uno de los soportes del ilícito penal, en ausencia de aquélla éste no se configura. A contrario sensu, se puede afirmar que faltando el elemento físico de la conducta tampoco habrá delito, pues como afirma Francisco Pavón Vasconcelos "...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 necesario para atribuir la acción o la omisión a un sujeto y decir que tal conducta "es suya". En síntesis, hay ausencia de conducta e imposibilidad de integración del delito, - cuando la acción u omisión son involuntarios, o para decirlo con más propiedad, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son "suyas" por faltar en ellas la voluntad." (27)

La mayoría de los teóricos del Derecho Penal aceptan, como causas de ausencia de conducta, la Fuerza Física Irresistible o Vis Absoluta, la Fuerza Mayor o Vis Maior, y los Movimientos Reflejos. Para algunos, además de estos casos, constituyen verdaderos aspectos negativos del elemento objetivo, entre otros, el sueño, el sonambulismo y la hipnosis. Fernando Castellanos Tena, afirma: "...Para algunos penalistas también son verdaderos aspectos negativos de la conducta: el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, pues en tales fenómenos psíquicos el sujeto realiza

(27). "Locuciones de Derecho Penal Mexicano (Parte General)", Tomo II; Pág. 20-21; ED.-Ediciones del Instituto de Ciencias Autónomo.; Ed.- 1964, Zacatecas, Zac.

la actividad o inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado en el cual su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias." (28).

Expuestas las posiciones doctrinarias, afirmamos - que la Fuerza Física Irresistible, es decir la Vis Absoluta, puede aparecer en alguna de las hipótesis que se pueden desprender del delito de peligro de contagio, en relación o en función directa a la naturaleza sexual que el ilícito trae aparejada.

Dada la naturaleza del acto por el que se perfecciona el delito en estudio, es decir, del acceso o conjunción carnal, normal o anormal, con eyaculación o sin ella, y en la que haya habido introducción sexual, aún cuando no haya llegado a realizarse completamente, se pueden presentar las siguientes hipótesis de laboratorio, en donde se aplica la Vis Absoluta en uno de los elementos subjetivos de la hipótesis inmersa en la descripción típica:

A. La fuerza física se aplica al sujeto activo del delito de peligro de contagio.

a.1. Hombre infectado - Mujer sana.

Hay diferentes corrientes para determinar si el hombre al sufrir una fuerza física irresistible puede tener erección y en consecuencia estar en posibilidades de -

(28). "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", Pág. -- 164; ED.- Porrúa, S. A.; Ed.- Vigésima Edición, México, D.F., 1984.

tener acceso carnal; por nuestra parte consideramos, al igual que Celestino Porte Petit, que dado que la naturaleza del acto debilita el libre albedrío, y que "...puede lograrse la mecánica del coito respecto del hombre, venciendo los obstáculos fisiológicos para la erección del órgano masculino..." (29), sí se integra esta primera hipótesis de ausencia de conducta.

a.2 Mujer infectada - Hombre sano.

En esta hipótesis, al no haber ninguna presión física o psicológica para evitar la erección del órgano masculino, también se presente la posibilidad de penetración, y en consecuencia darse el intercambio, acabado o inacabado de líquidos corporales. Por lo tanto, es indudable que la hipótesis de violencia física o moral por parte del hombre sobre la mujer infectada, para realizar la cópula, no entraña problema alguno; en consecuencia, también se integra esta hipótesis de ausencia de conducta en el delito de peligro de contagio.

B. También existe la posibilidad de que la Vis Absoluta o compulsiva se aplique, por un tercero, directamente al sujeto pasivo del delito de peligro de contagio, así como al sujeto activo del mismo, integrándose las siguientes hipótesis, en las cuales son válidos los comentarios anteriores:

b.1. Hombre sano - Mujer infectada

b.2. Mujer sana - Hombre infectado.

(29). "Ensayo Dogmático sobre el Delito de violación"; Pág. 36, ED.- Porrúa, S. A.; Ed.- Cuarta Edición, México, 1985.

C. Dado que el acceso carnal también puede presentarse en forma anormal, es decir, en relaciones homosexuales; de que en este tipo de relaciones el contacto carnal y la eyaculación se efectúa en forma anal-rectal, y de que virus como el de la Inmunodeficiencia Humana se localizan, en el caso de los homosexuales, en el recto, es que pueden presentarse las siguientes hipótesis:

- c.1. Hombre infectado - Hombre sano (sujeto pasivo del acto sexual).
- c.2. Hombre sano - Hombre infectado (sujeto pasivo del acto sexual).

Las anteriores hipótesis implican que al aplicarse una fuerza física o moral irresistible, sobre el sujeto activo del delito de peligro de contagio, se puede presentar la ausencia de conducta.

De las restantes hipótesis de ausencia de conducta que se han desarrollado en la teoría, consideramos que, en el caso concreto del Delito de peligro de contagio, sólo es posible la presencia de la hipótesis del hipnotismo.

III.- TIPICIDAD Y SU AUSENCIA.

III.1.- TIPO Y TIPICIDAD: DISTINCION, CONCEPTO Y FUNCION.

De acuerdo a la prelación lógica de los elementos del delito, la conducta es el esqueleto sobre el que se estructura el análisis dogmático de los mismos, porque es en ella donde se exterioriza la voluntad del agente; pero también es cierto que no toda conducta manifestada en un hacer o en un no hacer del agente tiene importancia para el Derecho, ya que para que éste comportamiento humano sea inculparable requiere ser típico, es decir, estar previsto en el ordenamiento jurídico-penal; por lo tanto sólo tiene relevancia para el Derecho Penal aquéllas conductas o hechos del hombre que se adecúen plenamente a las hipótesis que los ordenamientos legales describen como delitos.

Del párrafo anterior, podemos desprender dos conceptos básicos para la integración del presente capítulo; es decir, del tipo y de la tipicidad, y en virtud de que están interrelacionados y sólo tiene justificación el uno en el marco conceptual del otro, es que numerosos autores han manifestado que la historia o evolución de la tipicidad es la evolución e historia del tipo penal. Bajo esta premisa, nos proponemos presentar, en forma sintetizada, la evolución del concepto tipo que, como ya lo afirmamos, implica la evolución del concepto tipicidad.

a) El principio jurídico que exige que toda conducta, para ser sancionada, debe hallarse descrita exactamen-

te en un tipo penal es una salvaguarda de la libertad y un principio básico de la administración de justicia de todo Estado Social de Derecho.

Es de observarse que a través de las etapas que se han presentado en la historia de las atribuciones del Estado, la evolución de estos principios están vinculados estrechamente a las luchas que, al través del tiempo ha librado la humanidad para asegurarse una libertad más justa y equitativa (las cuales se han visto concretizadas en el campo del derecho pena, en el perfeccionamiento de los tipos penales).

Nuestra Constitución Política, base de toda la estructura jurídica en nuestro país al igual que la mayoría de las constituciones más avanzadas en todo el mundo, recoge el principio "nullum crimen, nulla poena sine lege", - axioma que se traduce, al decir de Celestino Porte Petit, como "nullum crimen sine tipo": "...La base, el fundamento de nuestro derecho penal liberal, lo encontramos en el artículo 14 Constitucional, al proteger la libertad, pues no podrá privarse de ella, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho, es decir, traduce el principio "nullum crime sine lege" que actualmente se enuncia orientado por la teoría de Beling: "no hay delito sin tipo"; principio que consideramos reforzado con el dogma de la "exacta aplicación de la ley", con sagrada en el propio texto constitucional..." (1)

(1). "Importancia de la Dogmática Jurídico Penal", Pág. 38; ED.- Gráfica Panamericana, S. de R.L.; Primera edición, México, D.F., 1954.

Edmundo Mezger, al referirse al tipo, lo califica de creación extraordinaria e ingeniosa: "...Es indudable - que el delito es acción anti-jurídica. Pero si no fuera más - que esto, podría cualquier precepto del sistema jurídico - ejercer influjo decisivo en esta fundamental característica del hecho punible. El Derecho Penal se hallaría entonces en una situación extremadamente desagradable y peligrosa: el más importante presupuesto de la pena (la ANTIJURICIDAD), sería dependiente de manera inmediata de la multitud, inabarcable con la vista y en constante cambio, de -- las normas jurídicas en el total ámbito del Derecho.

El Derecho Penal que lleva en sí, por definición, - los ataques más sensibles y profundos en el patrimonio, en la libertad, en el honor, incluso en la vida de los ciudadanos, caería en un estado insufrible de incertidumbre, de falta de seguridad. Por ello resulta imprescindible que - él mismo se procure el adecuado remedio y la claridad indispensable para que en su ámbito la anti-juridicidad, por lo menos en lo que concierne a la fundamentación del delito, aparezca determinada de manera precisa e inequívoca. - El Derecho Penal ha creado esta necesaria claridad mediante un medio extraordinariamente ingenioso: mediante el tipo." (2).

En síntesis, para Edmundo Mezger, el tipo en el -- sentido del derecho penal significa más que la conducta, - el injusto descrito concretamente por la ley, y a cuya realización va ligada a una sanción penal.

(2). "Tratado de Derecho Penal", Tomo I, pág. 297-298, ED. Revista de Derecho Privado, Ed.- Segunda Edición, Madrid, 1935.

En tanto que para Ignacio Villalobos y para Mariano Jiménez Huerta, -afirma el primero-, "el tipo es la -- descripción del acto o del hecho injusto o antisocial", en tanto que para el segundo, "el tipo es el injusto recogido y descrito en la ley penal". (3).

La moderna teoría del tipo se estructura en formacientífica hasta el presente siglo, teniendo como base el pensamiento de los autores Alemanes como Ernesto Beling, -Max Ernesto Mayer, Edmundo Mezger, Hans Welzel y Reinhart-Maurach, los cuales representan a los más destacados exponentes de dicha teoría del tipo.

La doctrina, al tratar este punto, ha identificado a cada uno de los autores mencionados con alguna de las -- etapas evolutivas de la teoría del tipo, así por ejemplo a Ernesto Beling se le considera como pilar de la "teoría -- del tipo de pura coordinación"; a Max Ernesto Mayer, junto con Reinhart Maurach, como los mejores exponentes de la -- "teoría del tipo como función indiciaria de la antijuridicidad", a Edmundo Mezger como el creador de la "teoría del tipo, como ratio essendi de la antijuridicidad".

Para Ernesto Beling, de conformidad a la teoría -- del tipo de pura coordinación, el tipo es una mera descripción de la conducta criminosa, descripción que puede comprender tanto los elementos objetivos como subjetivos; de ahí que la tipicidad, como elemento del delito, sea la sim

(3) Citados por PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. "Manual de - Derecho Penal Mexicano. Parte General"; pág. 271, ED.- Octava edición, México, 1987. Ed.- Porrúa, S.A.

ple adecuación a dicha descripción, pero con absoluta independencia de todo juicio de valoración antijurídica o culpable.

Por el carácter autónomo que Ernesto Beling concedió a la tipicidad con respecto a los otros elementos del delito, la doctrina la ha denominado como la teoría del tipo de "la independencia" o de la "pura coordinación".

Es en 1915, nueve años después de haber aparecido la tesis de Ernesto Beling, cuando surge a la luz pública el tratado de Derecho Penal de Max Ernesto Mayer, y con él la teoría del tipo como función indiciaria de la antijuricidad. Para Mayer el tipo no es una mera descripción del delito, es además un indicio de que la conducta típica es antijurídica y afirma que es un indicio porque no toda conducta típica es antijurídica pero sí toda conducta típica es indiciaria de la antijuricidad; a ésta teoría se le ha llamado del "indicio" o de la "ratio cognoscendi".

Para Edmundo Mezger, en cambio, toda conducta típica es antijurídica, en tanto no esté protegida por una causa de justificación. En consecuencia el tipo no es indicio de la antijuricidad, como sostenía Mayer, sino su fundamento real, su ratio essendi, ya que pueden existir acciones típicas que no sean antijurídicas, pero no pueden existir antijuricidad penal sin tipo; a ésta teoría también se le ha llamado teoría de la "identidad o de la sujeción".

La teoría expuesta por Edmundo Mezger ha encontra-

do oposición en la tesis propuesta por Blasco y Fernández de Moreda, en virtud de que estos autores afirma que: - -
 "...no es la tipicidad la ratio essendi de la antijuridicidad, sino que muy al contrario, es en la antijuridicidad donde hay que buscar la ratio essendi de la tipicidad." (4).

Pero no solo los autores alemanes han buscado explicar la verdadera esencia de la descripción típica; así en España, autores como José Arturo Rodríguez y Federico Puig Peña, han sostenido la tesis del "tipo como elemento de concreción y de conocimiento", por medio de la cual sostienen: "...el famoso elemento tiene una misión más modesta: de concreción y de conocimiento. De concreción, cuando existiendo la norma anteriormente expresada, la tipicidad delimita y encuadra la conducta antijurídica; y de conocimiento cuando, coincidiendo temporalmente (un acto) la aparición de la antijuridicidad y el tipo, éste último es indispensable al conocimiento de la primera." (5)

Los teóricos mexicanos de Derecho Penal sostienen diversos puntos de vista respecto a este tópico; así por ejemplo Celestino Porte Petit afirma: "...Consideramos no nosotros que, como el tipo existe previamente a la realización de la conducta, e igualmente preexisten las hipótesis del aspecto negativo de la antijuridicidad o sean, las cau

(4). Citados por PORTE PETIT C., CELESTINO. "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", pág.427-428, - ED.-Porrúa, S.A., Ed.-Sexta Edición, México, 1982.

(5). Citados por PORTE PETIT C., CELESTINO. "Apuntamientos de la Prte General de Derecho Penal", pág.-428-429, ED. Porrúa, S.A., Ed.-Sexta edición, México, 1982.

sas de licitud, la conducta realizada, será antijurídica o ilícita, tan pronto se conforme el tipo descrito por la Ley. Es decir, la conducta será típicamente antijurídica o típicamente ilícita, pues no puede negarse que desde que nace - el elemento objetivo y se adecúa al tipo, la conducta típica es ilícita o ilegítima." (6).

Fernando Castellanos Tena sostiene: "...Coincidimos con Mezger en que la tipicidad es la razón de ser de la antijuridicidad; por supuesto, con referencia al ordenamiento positivo, porque siempre hemos sostenido que, desde el punto de vista del proceso formativo del Derecho, la antijuridicidad, al contrario, es ratio essendi del tipo, pues el legislador crea las figuras penales por considerar antijurídicos los comportamientos en ellas descritas..." (7).

Nosotros consideramos que las diferencias teóricas, que existen entre los diversos autores expuestos hasta el momento, se debe fundamentalmente a que sus análisis han sido efectuados y planteados a partir de diferentes momentos, en relación a la concepción o integración de la descripción típica, y en cuanto a su encuadramiento con la conducta del hombre, antes y después de la integración de la descripción típica.

Así por ejemplo Ernesto Beling, en su teoría del-

(6). "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal"; pág. 429; ED.- Porrúa, S.A. Ed.- Sexta Edición, México, 1982.

(7). "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", pág. 169. ED.- Porrúa, S.A., Ed.- Vigésima edición, México, D.F. 1984.

tipo de pura coordinación, presupone la existencia de los tipos delictivos, no teniendo en consideración el origen o razón de ser de éste, ya que solo tiene presente la función que el tipo desempeña, social y jurídicamente, en relación a una conducta antijurídica.

De acuerdo con Max Ernesto Mayer, que afirma que - la conducta típica es un indicio de antijuridicidad (y es un indicio porque -sostiene- no toda conducta típica es antijurídica), comentamos que al parecer, el citado autor, - no quiso hacer la diferencia entre conducta lato sensu y - conducta típica, (ya que la única que importa al Derecho Penal son las conductas típicas, es decir, aquellas conductas o hechos del nombre que se adecuen plenamente a las hipótesis que los ordenamientos legales describen como delitos y no las conductas, actos, omisiones o hechos en general, que el hombre realiza en sus diferentes ámbitos de actuación de su vida sedentaria).

Para Edmundo Mezger, en cambio, toda conducta típica es antijurídica, en tanto que ésta no esté protegida -- por una causa de justificación, hipótesis que aceptamos - parcialmente en virtud de que, efectivamente, toda conducta típica es antijurídica, la cual siempre será antijurídica, aún y cuando esté protegida por una causa de justificación; ya que esta causa de justificación no borra la antijuridicidad material de la conducta típica, sino únicamente excluye la antijuridicidad formal del delito y la responsabilidad penal del sujeto activo. Dada su posición doctrinaria, Edmundo Mezger afirma que el tipo es la razón de ser, ratio essendi, de la antijuridicidad, posición rebatida por...

autores como Blasco y Fernández de Moreda.

Para éstos últimos autores, la antijuridicidad es la razón de ser, ratio essendi, del tipo. Al respecto nosotros afirmamos que concordamos también parcialmente, con estos autores y decimos parcialmente en virtud de que diferimos, con ellos, en cuanto a la utilización del vocablo antijuridicidad, por las siguientes razones:

1) Para nosotros la antijuridicidad significa lo contrario a derecho, es decir, lo contrario a un orden jurídico-positivo establecido. (Ernesto Binding afirmaría -- que lo antijurídico es ya un anti).

2) Las conductas antisociales, antieconómicas o antipolíticas que son injustas (Unrecht), de acuerdo a los valores que el Estado está obligado a proteger son fundamento, base o razón de ser de los tipos penales.

3) Dados los diferentes momentos o etapas del proceso legislativo, para establecer los tipos penales, una conducta, aún y cuando vaya contra los valores que debe -- proteger el Estado, no podrá ser antijurídica hasta que no esté concretamente expresada en el mundo jurídico, normativo y positivo, por consiguiente será hasta ese momento -- cuando dicha conducta adquirirá el carácter de antijurídica.

4) En consecuencia, si consideramos el concepto antijuridicidad, tal y como lo expresan los citados autores,

como sinónimo de conductas antisociales, anticulturales, - antieconómicas, antipolíticas e injustas, entonces la antijuridicidad es razón de ser del tipo.

E] intento de buscar la esencia del tipo, con relación a la antijuridicidad y de ésta con aquél, por parte de los autores españoles nos parece, de acuerdo a la metodología utilizada, un tanto más acertada que las expuestas con anterioridad pero errática en cuanto a su contenido, - ya que minimiza la razón de ser de la tipicidad en cuanto afirman que por lo que respecta a su función de concreción "existiendo la norma anteriormente, la tipicidad delimita y encuadra la conducta antijurídica". En consecuencia dicha posición doctrinaria implica que el tipo se reduce, -- únicamente, a la descripción-límite y encuadramiento de la conducta antijurídica.

Por otro lado y en lo que respecta a la segunda -- parte de su posición doctrinaria también parece errática - en virtud de que al afirmar que cuando coincide temporalmente (acto) la aparición de la antijuridicidad y el tipo, éste último (el tipo) es indispensable al conocimiento del acto antijurídico, afirmación que implica aceptar que el tipo es la razón de ser de la antijuridicidad, es decir, - que sin tipo no hay antijuridicidad y no como los autores citados la reducen a una función de "conocimiento".

Para exponer nuestro punto de vista consideramos - necesario expresar, en forma sintética, algunas consideraciones previas y complementarias a todos los razonamientos -- que con antelación, al comentar la posición de cada autor,

hemos asentado. En consecuencia afirmamos que en la Ciencia Jurídica (Derecho Penal), como en todas las ciencias sociales, debe haber un método filosófico-analítico que permita desarrollar un marco epistemológico para desarrollar su propio método analítico, en lo particular.

En consecuencia, sostenemos que para buscar la verdadera esencia del tipo el método dialéctico es el que nos permitirá contar con la herramienta idónea para determinar y ubicar la verdadera esencia del tipo. Recordemos que la dialéctica implica la teoría de las leyes generales que rigen el movimiento y el desarrollo de la naturaleza, la sociedad humana y el pensamiento. Esta posición filosófica-metodológica ve y concibe a la realidad como un todo coherente comprendiendo los fenómenos en su mutua relación, en sus movimientos y en sus cambios constantes; en este sentido nuestra posición teórica para resolver la problemática de la esencia del tipo implica el abordarlo en sus diferentes momentos, interactuantes, interdependientes y plurixistentes, pero bien delimitados, los cuales se concretizan en las siguientes aseveraciones:

a) Toda conducta considerada como antisocial o injusta, (fuente real del orden jurídico) es razón de ser de la antijuridicidad.

b) Desde este punto de vista formativo la antijuridicidad es la razón de ser del tipo.

c) En cuanto a su aplicación al caso concreto el tipo es la razón de ser de la antijuridicidad, por que sin

tipo no hay antijuridicidad; en consecuencia lo único que puede existir es una conducta antisocial o injusta.

a) Tipo y Tipicidad: Distinción, Concepto y Función.

Hasta hace algunas décadas era común que la mayoría de los autores y de los abogados postulantes que se ocupaban del estudio del tipo, caían en el error de utilizar indistintamente los términos "tipo" y "tipicidad", como si ambos vocablos fuesen sinónimos o dentro de la teoría general del delito desempeñarían idéntica función. En la actualidad consideramos que ya no se comete, por lo menos tan frecuentemente, el mencionado error, en virtud de que los autores han diferenciado, en forma clara y precisa, el continente y el contenido de cada uno de los conceptos citados; y si bien es cierto que no puede haber tipicidad sin tipo, son conceptos totalmente distintos y desempeñan función diversa dentro de la teoría general del delito.

Desde el punto de vista formativo y de conformidad con el inciso expuesto con anterioridad, la antijuridicidad es la razón de ser del tipo, así Fernando Castellanos-Tena explica: "...el tipo es la creación legislativa; la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales." (8).

Para Luis Jiménez de Asúa, "...el tipo legal es -

(8). "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", pág. - - 167; ED.- Porrúa; Ed.- Vigésima edición, México, D.F. 1984.

la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito." (9).

En tanto que para Ignacio Villalobos, el tipo es - "...una forma legal de determinación de lo antijurídico punible, supuestas condiciones normales en la conducta que se describe." (10).

En síntesis, consideramos que todos los autores, - formadores de la dogmática jurídica, están de acuerdo en - que el tipo es, pues, la descripción de una conducta considerada por el Estado como antisocial o injusta y por ende perturbadora del orden jurídico establecido.

En cuanto a su aplicación al caso concreto, la tipicidad, en cambio, es la adecuación de una conducta concreta al tipo, el cual ha sido previamente institucionalizada por el legislador en una ley.

La conducta, en éste caso, será la conformación -- del elemento objetivo con todos y cada uno de los requisitos contenidos en el tipo.

En este sentido, apunta Fernando Castellanos Tena,

(9). "La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal"; - pág. 235; ED. HERMES, Ed.-3a. Corregida y Actualizada, Buenos Aires, Argentina, 1959.

(10). "Derecho Penal Mexicano. Parte General"; pág. 267 ED.-Porrrda, S.A., Ed.-Cuarta edición, México, 1983.

"La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador." (11).

En tanto que para Celestino Porte Petit: "La tipicidad que es la adecuación de la conducta al tipo, es otro de los elementos del delito, que se resuelve en la fórmula "nihilum crimen sine tipo." (12).

Para Luis Jiménez de Asúa "...La tipicidad es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen -- rectora expresada en la ley en cada especie de infracción"; en tanto para Jiménez Huerta "...Adecuación típica significa, pues encuadramiento o subsunción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación o vinculación - al mismo de las conductas accesorias." (13).

Dado lo expuesto hasta este momento, podemos afirmar que la función que desempeña el tipo penal, dentro de la dogmática jurídica, es la de legitimar (en términos de reconocimiento) que una conducta antisocial, injusta y perturbadora del orden social establecido, es antijurídica; - esto es, el tipo tiene como función la de delimitar lo an-

(11). "Lineamientos Elementales de Derecho Penal".pág. 168; ED.-Porrúa,S.A. Ed.Vigésima edición, México, 1984

(12). "Importancia de la Dogmática Jurídico Penal". pág. 37 ED.-Gráfica Panamericana, S.de R.L. Ed.-Primera edición, México, D.F., 1954.

(13). Citado por PORTE PETIT, CELESTINO. "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", pág. 470-471. -- ED.- Porrúa, S.A. Ed.-Sexta Edición, Méx. 1982.

tijurfdico, es decir, enmarcar las conductas que el Estado considera contrarias a las normas que le sirvan de sustentación.

En tanto que la función de la tipicidad será el de encuadramiento de los elementos de la conducta (acto u omisión), a cada uno de los requisitos contenidos en el tipo, lo cual implica que si no se da ese encuadramiento de la conducta en el contenido en el tipo, no habrá delito.

De conformidad con lo anterior habrá tipicidad, en el delito de peligro de contagio, cuando la conducta del sujeto activo se adecúe a los requisitos, objetivos y subjetivos, descritos en el artículo 199 bis del Código Penal vigente para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal.

III.2.- ELEMENTOS DEL TIPO.

Los elementos que integran el tipo delictivo, como en todos los estudios de la parte especial de Derecho penal, se desprenden de la descripción que el legislador incluyó en la redacción de cada artículo; así en el caso que nos ocupa, el legislador afirmó:

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

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

En consecuencia y de conformidad con la doctrina, podemos afirmar que en el delito de peligro de contagio se presentan los siguientes elementos típicos:

a) Sujeto Activo. Es uno de los elementos esenciales e imprescindibles de todo tipo penal, pues el delito no se concibe sin un sujeto activo, al cual se le atribuya la conducta (de acción u omisión) delictiva. En consecuencia, sujeto activo será aquella persona que interviene en la realización del delito, ya como autor, coautor o cómplice.

a.1. En cuanto al número, el sujeto activo puede y debe ser monosubjetivo, unilateral, individual o de sujeto único porque, de acuerdo a la descripción típica, es suficiente, para colmar el tipo, la actuación de un sólo sujeto que esté infectado de sífilis o de un mal venéreo en período infectante.

a.2. En cuanto a la calidad del sujeto activo, el tipo delictivo que estudiamos, requiere que el sujeto activo, reúna cierta calidad, es decir, nos encontramos frente a un delito propio, especial o exclusivo ya que no cualquier sujeto activo puede colmar el tipo de peligro de contagio, sino que sólo puede ser sujeto activo el que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en período infectante.

b) Sujeto pasivo. Al igual que el sujeto activo es uno de los elementos esenciales e imprescindibles de todo tipo penal, pues el delito no se concibe sin un sujeto pasivo que sea titular del bien jurídico protegido por el tipo. La doctrina ha establecido que el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido por la ley, aún y cuando este sujeto pasivo no se identifique con el objeto material del ilícito. En el delito de peligro de contagio el sujeto pasivo se identifica con el bien jurídico protegido por el tipo y con el objeto material, ya que en la redacción del artículo 199 bis se infiere que el sujeto pasivo (bien jurídico y objeto material) será un sujeto indetificado, en el tipo, como "la salud de otro".

b.1. En cuanto a la calidad del sujeto pasivo, el tipo delictivo que estudiamos, no requiere de ninguna calidad especial, es decir, como el sujeto pasivo puede ser -- cualquier individuo, sin importar sus características individuales y personales, el delito de peligro de contagio, -- en cuanto a calidad del sujeto pasivo, es un delito impersonal.

c) Objeto Jurídico y Objeto Material.

El objeto del delito, algunas veces, puede dividirse y diferenciarse, con plena claridad, en objeto jurídico y objeto material; sin embargo, corresponde a la parte especial del Derecho Penal encontrar esa diferenciación o -- identidad, de éstas dos especies de objeto.

El objeto jurídico, de acuerdo a la doctrina, es --

el bien o la institución legalmente amparada por el tipo, - en tanto que el objeto material es la persona o cosa sobre la que recae la conducta delictiva.

Edmundo Mezger distingue entre objeto de la acción (objeto del acto) y objeto de protección (objeto de ataque) explicando, el citado autor, que "...el primero es el objeto corporal sobre el que la acción típica se realiza y - el segundo, el objeto valorativo protegido por el Derecho Penal y atacado por el delito", (14), esto es, el bien jurídico protegido por el Derecho.

Como ya afirmamos en algunos casos se puede observar, con toda claridad, la separación entre el objeto material y el objeto jurídico; en el caso que nos ocupa se puede constatar claramente esta afirmación, en virtud de que, en el delito de peligro de contagio, el objeto jurídico -- que protege la descripción típica es la protección y seguridad de la salud del sujeto pasivo, en tanto que el objeto material es el propio individuo sometido al riesgo de -- contraer la sífilis o alguna otra enfermedad venérea, y -- aún y cuando se puede diferenciar, conceptualmente, en la praxis se identifica plenamente con el sujeto pasivo del -- ilícito penal.

Como ya hemos afirmado, hay ocasiones en que el tipo es una mera descripción de la conducta del agente, así-

(14). "Tratado de Derecho Penal", Tomo I, pág. 384, ED. - - Revista de Derecho Privado, Ed.- Segunda edición, Madrid 1955.

por ejemplo en el delito de homicidio se establece: -
 "ART. 302.- Comete el delito de homicidio; el que priva de la vida a otro".

Sin embargo hay ocasiones en que el legislador, -- al integrar la redacción típica de algún ilícito, incluye referencias en cuanto a la conducta, y en consecuencia aino presentarse o darse dentro de la actividad o inactividad del sujeto activo, no hay encuadramiento de la conducta o hecho al tipo penal.

Para Celestino Porte Petit, las referencias que -- pueden ser incluidas en los tipos son:

- a) Referencias temporales,
- b) Referencias espaciales, es decir de lugar.
- c) Exigencias en cuanto a los medios.
- d) Elementos de juicio cognoscitivo.
- e) Elementos normativos, los cuales pueden ser:
 - e.1. Elementos de valoración jurídicas, y
 - e.2. Elementos de valoración cultural.
- f) Elementos subjetivos de lo injusto.

En el delito de peligro de contagio que nos ocupa, el legislador incluyó en su redacción algunas referencias que de no presentarse pueden dar lugar a una atipicidad; así podemos afirmar que el artículo 199 bis incluye las siguientes referencias, de conformidad a la clasificación

propuesta por el profesor Porte Petit:

a) Se dice que hay referencias temporales cuando - el tipo incluye algún concepto o referencia en cuanto al - tiempo en que se debe de presentar la conducta. En el delito de peligro de contagio se incluyó una referencia de - este tipo, ya que se afirma, en el mismo, que sólo se integra el ilícito si el sujeto activo se encuentra enfermo de sifilis o de algún mal venéreo en "período infectante".

Consideramos que la asesoría que recibió el legislador sobre la materia fue inexacta, porque las enfermedades venéreas (la sifilis y el SIDA) son contagiosas en - - cualquiera de sus períodos; lo que sí se podría afirmar, - tal y como se expuso en el inciso de riesgos que sufren -- las personas contagiadas por el SIDA, es que ésta es menos infectante en períodos posteriores al tiempo en que se contrajo la enfermedad, no porque el virus, en ésta época, -- sea menos virulento, sino porque en este tiempo ya se presentan, objetivamente y en forma externa, algunas de sus - manifestaciones clínicas (en tanto que dentro de las primeras semanas posteriores a las que se contrae la enfermedad no hay manifestaciones clínicas y en consecuencia es más - difícil de detectar, o en su caso determinar cuando ha evolucionado a períodos asintomáticos).

Por otro lado, puede darse el caso de que una persona que está enferma de sifilis o de algún otro mal venéreo sabe que padece la enfermedad pero, aceptando sin conceder que hubiera períodos no infectantes de la misma, desconoce en qué momento evolucionó su enfermedad hacia un pe

modo no infectante, luego entonces no encuadraría la conducta al tipo, por falta de esta referencia temporal, aún y a pesar de su conducta dolosa, con lo que se ocasionaría - que no se penara el peligro, concreto o abstracto, que corrió el sujeto pasivo del ilícito, ya que el concepto de - peligro o riesgo se elimina al exigirse determinadas condiciones reales y objetivas de que se produzca el contagio.

Cabe reafirmar que, en cuanto a la Patología Médica, cualquier enfermedad de tipo venéreo es seroinfectante en cualquier etapa de su evolución, aún y cuando el individuo haya pasado a ser un portador asintomático, es decir, sin síntomas aparentes de la infección que padece.

b) Por lo que respecta a las referencias espaciales el delito que estamos estudiando no las requiere.

c) En tanto que el tipo de peligro de contagio requiere, para su configuración, de medios legalmente delimitados, ya que para que se integre el delito debe efectuarse, única y exclusivamente, por medio de relaciones sexuales; es decir que si no existen éstas y hay contagio o peligro de contagio por otro medio, como puede ser la - - transfusión sanguínea, los besos, la saliva o el contacto con heridas, etc., el ilícito previsto en el artículo 199 bis no se integra.

Es también importante recalcar que el legislador - efectuó una redacción tautológica, en cuanto a los medios de comisión del ilícito, porque (considerando que defini--

mos a la enfermedad venérea como toda aquélla alteración más o menos grave de la salud que provoque anomalía fisiológica o psíquica o de ambos campos a la vez en el organismo de un individuo, y cuyo origen o localización sea de carácter lascivo, sexual, es decir que se transmita a través de la cópula carnal), lo venéreo implica necesaria e irremediablemente la transmisión por medio de la cópula carnal o relación sexual, acción dolosa de transmisión que, exclusivamente, el legislador quiso penar.

d) Por lo que se refiere a los elementos del juicio cognoscitivo, consideramos que en la descripción típica de este delito no se requieren.

e) En cuanto a los elementos normativos, que implican una apreciación antijurídica de la conducta —ya sea de valoración jurídica o cultural— el delito de peligro de contagio requiere, por parte del juzgador, una apreciación normativa, cultural, en virtud de que para encuadrar la conducta al tipo debe de apreciarse, en forma concreta, que el sujeto activo está realmente "enfermo de sífilis o de un mal venéreo."

f) Elementos subjetivos. Cuando el legislador, al formular la hipótesis típica, hace referencia a ciertos fenómenos psíquicos, para patentizar que sólo cuando estos se encuadran en el "ánimo" del agente la conducta será incriminable, estamos ante los elementos subjetivos del injusto; y como es de observarse, en el delito de peligro de contagio, el legislador consideró necesaria su inclusión con el vocablo "sabiendo" y con ello consideró el "ánimo"

(dolo directo) que el sujeto activo de la conducta tiene - al ejecutar la misma.

III.3.- CLASIFICACION EN ORDEN AL TIPO.

Los teóricos de la dogmática jurídica han elaborado una gran cantidad de clasificaciones de los delitos en orden a las características de redacción de los tipos penales, así hemos encontrado las clasificaciones elaboradas - por Edmundo Mezger, por Luis Jiménez de Asúa, por Mariano-Jiménez Huerta, por Celestino Porte Petit; sin embargo consideramos, desde nuestro particular punto de vista, que la más sistemática y ordenada es la que nos presenta Fernando Castellanos Tena (15), quien reordena a los tipos penales - en razón de los siguientes criterios de clasificación:

- a) En cuanto a su composición los clasifica en:
 - a.1. Normales
 - a.2. Anormales.

- b) En cuanto a su ordenación metodológica.
 - b.1. Fundamentales o básicos.
 - b.2. Especiales.
 - b.3. Complementados.

- c) En cuanto a su autonomía o independencia.
 - c.1. Autónomos o independientes.
 - c.2. Subordinados.

(15). "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Pág. -- 173-174; ED.- Porrúa, S.A., Ed.- Vigésima Edición, - México, D.F. 1984.

- d) En cuanto a su formulación.
 - d.1. Casuísticos.
 - d.2. Amplios.
- e) En cuanto al daño que causan.
 - e.1. De daño o lesión.
 - e.2. De peligro.

De conformidad con la clasificación expuesta, el delito de peligro de contagio puede ser clasificado de la siguiente manera:

A) De acuerdo a su composición es un tipo anormal porque, el legislador, además de los factores objetivos -- que contiene el tipo, incluyó en su redacción elementos normativos de tipo cultural; identificado con el enunciado "enfermo de sífilis o de un mal venéreo".

B) En cuanto a su ordenación metodológica, el tipo descrito en el artículo 199 bis; es un tipo fundamental o básico en virtud de que no deriva de otro tipo penal y en consecuencia no necesita de la existencia previa de otro tipo delictivo.

C) En cuanto a su autonomía o independencia el delito de peligro de contagio tiene vida por sí mismo, por lo tanto, podemos afirmar que es un delito autónomo o independiente.

D) Por lo que respecta a su formulación nosotros -

sostenemos que es un tipo casuístico, en virtud de que en el tipo se señala casuísticamente la conducta productora - del resultado típico; y es casuístico, en oposición a libre, porque éstos últimos pueden ejecutarse por cualquier medio comisivo, en tanto que el delito de peligro de contagio só lo puede ser cubierto por medio de relaciones sexuales.

E) En cuanto al daño que causan, como su nombre -- nos lo reitera, es un delito de peligro porque en él se tu tela o protege la salud del sujeto pasivo contra la posi bilidad de ser dañado.

III.4.- AUSENCIA DE TIPO.

En México, como en todo Estado de Derecho, sólo puede reputarse como delito aquel comportamiento que en -- los ordenamientos legales se precisa como tal, siendo de -- grado constitucional el precepto que prohíbe la imposición de la pena por simple analogía o por mayoría de razón; por ello cuando se realiza una conducta antisocial e injusta, -- que el juzgador considera que podría ser antijurídica, pe ro no se encuentra prevista en los preceptos penales, esta mos frente a la ausencia de tipo y en este sentido afirma -- Luis Jiménez de Asúa que estaríamos ante la "...imposi -- bilidad de dirigir la persecución contra el autor de una con ducta no descripta (SIC) en la ley, incluso aunque sea an -- jurídica. Es consecuencia primera de la famosa máxima "nu llum crimen, nulla poena sine lege", que técnicamente se -- traduce: "no hay delito sin tipicidad...". (16).

(16). "La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal". Pág. 263; ED.- HERMES, Ed.- 3a. Corregida y Actualizada, -- Buenos Aires, Argentina, 1959.

Por su parte, Fernando Castellanos Tena, citando una ausencia de tipo en lo específico explica: "...se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos. En el Código Penal Veracruzano vigente, se suprimió el tipo delictivo que figuraba en el ordenamiento anterior, integrado con un adulterio en condiciones determinadas; de ahí una ausencia de tipo." (17).

III.5.- A T I P I C I D A D.

Cuando no hay una perfecta adecuación de la conducta con la descripción del tipo delictivo, se dice que dicha conducta es atípica y en consecuencia no puede ser sancionable.

La atipicidad como aspecto negativo del delito ha sido objeto de minuciosos estudios por parte de las distintas corrientes doctrinarias, sin embargo, al parecer, todos concuerdan que hay que fijar la atención en todos y cada uno de los elementos descritos en el tipo, siendo que con la ausencia de uno o más de dichos elementos se puede integrar el aspecto negativo de la tipicidad.

En este sentido el maestro Celestino Porte Petit afirma: "...la atipicidad existirá cuando no haya adecuación al mismo, es decir cuando no se integre el elemento o

(17). "Lineamientos Elementales de Derecho Penal"; pág. - 174; Ed.- Porrúa, S.A., Ed.- Vigésima Edición.- México, D.F., 1984.

elementos del tipo descrito por la norma, pudiéndose dar - el caso de que cuando el tipo exija más de un elemento, -- puede haber adecuación a uno o más elementos del tipo pero no a todos los que el mismo tipo requiere." (18).

Són causas de atipicidad, de conformidad con los - diferentes autores que han abordado el tema, las siguientes:

- a) Ausencia de la calidad o del número exigido por el tipo, en cuanto a los sujetos activo y/o pasivo.
- b) Si falta el objeto jurídico o material.
- c) Por falta de referencias temporales o espaciales requeridas por la redacción del tipo penal.
- d) Por falta o ausencia de los medios comisivos es pecíficamente señalados por el tipo.
- e) Por falta de los elementos normativos o subjetivos del injusto legalmente exigidos en el tipo.
- f) Por no darse, en su caso, la antijuricidad es pecial.

De la anterior clasificación, y en relación con el delito de peligro de contagio, consideramos que puede presentarse como causa específica de atipicidad las siguientes hipótesis:

(18). "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", pág. 475, ED.- Porrúa, S.A. Ed.- Sexta edición, México, 1982.

a) Por la falta de calidad en el sujeto activo. En virtud de que, para ser parte activa del delito en estudio, el sujeto debe estar enfermo de sífilis o de un mal venéreo. (incluyendo en la actualidad al SIDA como un mal de este último género).

b) Por faltar el bien jurídico protegido por el tipo o por falta de objeto material; en el primero de los casos puede acontecer que el sujeto pasivo haya sido contaminado con una enfermedad venérea o por sífilis o por SIDA, con antelación a la consumación de esta nueva conducta; se integra una atipicidad por falta del bien jurídico protegido por el tipo, en razón de que dicho bien jurídico (la protección y seguridad de la salud del sujeto pasivo), ya se encontraba lesionado.

Por lo que respecta al objeto material también puede presentarse una atipicidad si no existe el sujeto pasivo (mujer u hombre) o éste carece de vida, por ejemplo al tener contacto sexual con un cadáver.

c) En cuanto a la atipicidad por falta de referencias temporales, podemos afirmar que, tal y como lo establece la errónea redacción del Art. 199 Bis vigente, se puede integrar una hipótesis de atipicidad si al momento de que el sujeto activo tenga relaciones sexuales con el sujeto pasivo, aquel no pueda transmitir la sífilis, o alguna otra enfermedad venérea, por estar, dicha enfermedad, en período no infectante.

Sin embargo nosotros pensamos que no puede inte-

grarse, en la práctica, una hipótesis de ausencia de tipicidad por estar dichas enfermedades en período no infectante, en virtud de que, de acuerdo a la Patología Clínica, tales padecimientos son transmisibles en cualquier etapa de su desarrollo. Podría afirmarse que la transmisión sólo es probable, (en el caso de la sífilis u otra enfermedad que tradicionalmente se le haya considerado como venérea, no así el SIDA que a la fecha no tiene curación posible) - si están en franca eliminación clínica; sin embargo esta circunstancia no elimina la posibilidad o peligro de que el sujeto pasivo, en todo período y en todo momento, corra el riesgo de ser contagiado.

d) Como ya se afirmó, en apartados anteriores, puede presentarse la atipicidad, en el delito en estudio, si éste se consuma por medios diversos a los legalmente delimitados, es decir por medios diversos a la relación sexual. Así se podría pensar que si se presenta el peligro de contagio, o el contagio mismo, por medios como la saliva, el beso, el contacto directo con heridas, etc.... éstos, por no ser los medios legalmente exigidos por el tipo, pueden dar causa a una atipicidad.

e) En cuanto a los elementos normativos de tipo -- cultural requeridos por la descripción típica, puede presentarse la hipótesis de que el sujeto activo esté realmente enfermo (aunque no de sífilis o de alguna enfermedad venérea), pero por la naturaleza misma de la enfermedad que padece tiene manifestaciones clínicas similares a las de las enfermedades requeridas por el tipo, dándose en consecuencia una atipicidad por falta del elemento normativo-cul

tural exigido ,or el Artfculo 199 Bis.

f) Por lo que se refiere a los elementos subjeti--vos de lo injusto habrá una causa de atipicidad si dentro de la conducta del sujeto activo del delito no existe ese "animus" que el tipo requiere para su integración, dándose en consecuencia una conducta culposa lo que ocasiona que - por falta de dolo directo se integre una causa de atipicidad, por falta de conocimiento que el individuo tiene de - que padecía sfilis o alguna enfermedad de tipo venéreo.

IV.- ANTIJURIDICIDAD Y SUS CAUSAS DE LICITUD.

IV.1.- LA ANTIJURIDICIDAD, SU NATURALEZA.

La conducta para ser relevante en el campo de derecho penal, además de típica, debe ser antijurídica y culpable; es decir, además de estar prevista en un ordenamiento jurídico, debe ser valorada como antijurídica y atribuida a un sujeto, en función directa al "animus" con que desempeñó su conducta. Es por esto que algunos autores de la doctrina han aceptado que la antijuridicidad es otro elemento del delito "...que se traduce en la fórmula expresada por Bettiol: "mullum crimene sine iniuria." (1)

A este respecto Antolisei sostiene: "...la antijuridicidad no es, como sostiene una importante corriente doctrinaria, un componente, vale decir, un elemento constitutivo del ilícito. Ella es mucho más: es como fue manifestado por Rocco, con feliz expresión. La esencia misma, la naturaleza intrínseca, el ens del delito." (2).

Nosotros pensamos que, independientemente de que haya autores que afirman que la antijuridicidad constituye sólo un carácter del delito, o que sólo sea un aspecto del

(1) PORTE PETIT C. CELESTINO. "Hacia una reforma del Sistema Pena". Pág. 227; ED.- Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales No. 21.; Ed.- Primera edición. 1985.

(2). Citado por PORTE PETIT C. CELESTINO. "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", Pág. 483, ED.- Porrúa. Ed.- Sexta Edición. México, 1982.

mismo, o que sea el delito en sí, la antijuridicidad es un elemento del ilícito y que al no presentarse, como sucede con el resto de los elementos integrantes de la definición exatómica que adoptamos, el ilícito no se configura.

Cómo en la mayoría de los conceptos doctrinarios, el de la antijuridicidad, presenta otros aspectos polémicos; así lo constatamos al momento de tratar de encontrar su definición. Algunos autores escuetamente señalan que lo antijurídico es lo contrario a Derecho, es decir, implica, por la simple construcción gramatical, un anti.

Para autores como Javier Alba Muñoz "...actúa antijurídicamente quien contradice un mandato del poder, entanto que para Cuello Calón la antijuridicidad presupone - un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídica penal." (3).

Para otros autores, como Mariano Jiménez Huerta, - la antijuridicidad es más que una simple infracción a la ley, para él, es antijurídica aquella conducta que lesiona un bien jurídico y ofende los ideales valorativos de la comunidad (4). Porte Petit explica que una conducta es antijurídica cuando siendo típica no está protegida por una -- causa de licitud (5). Villalobos, por su parte, considera

(3). CASTELLANOS TENA, FERNANDO. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", pág. 177-178, ED.-Porrúa, Ed.-Vigésima edición, México 1984.

(4). "La antijuridicidad". Pág. 9. ED.-Imprenta Universitaria, Ed.- México, 1952.

(5). PORTE PETIT C. CELESTINO, "Ensayo dogmático sobre el delito de estupro", Pág. 49, ED.- Porrúa, Ed.- Cuarta edición, México 1982.

acertada la fórmula que declara que "...la antijuridicidad es la violación de las normas objetivas de valoración..." (6).

Hay autores como Luis Jiménez de Asúa que aceptan la tesis expuesta por Carlos Binding, el cual afirmaba que el sujeto que comete una conducta típica no está en contra de la ley, sino que el delito cometido, por encuadrar exactamente a la descripción típica, se ajusta a la ley; así mismo afirmaba: "...quien mata o roba obra según lo descrito en la ley, resulta, en consecuencia, violada únicamente la norma valorativa que está por encima del precepto jurídico, toca a la norma crear lo antijurídico y la acción a la Ley." (7).

Max Ernesto Mayer, al exponer en 1903 su teoría de las normas de cultura, estableció que el orden jurídico es un orden de cultura. Años más tarde, al revisar dicha teoría, definió lo antijurídico como lo que contradice las normas de la cultura reconocidas por el Estado.

Por su parte Fernando Castellanos Tena, al tratar el tema, afirma: "Si observamos que lo antijurídico aparece aún cuando no se contraigan las normas, se derrumban -- las tesis de Binding y Mayer, tal ocurre si se viola un -- precepto jurídico no correspondiente al modo de sentir de-

(6). "Derecho Penal Mexicano. Parte General". Pág. 260. -- ED.- Porrúa, Ed.-Cuarta edición, México, 1983.

(7). "La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal". -- Pág. 269, ED. HERMES, Ed.-3a. Corregida y actualizada, S.A. Buenos Aires, Argentina, 1959.

la colectividad (violaciones a una ley anti-religiosa en un pueblo eminentemente creyente). Otro ejemplo consistiría en una ley que prohibiera penalmente el saludo en la vía pública; los infractores realizarían una conducta antijurídica en nada violatoria de las normas de cultura. Por otra parte y refiriéndonos concretamente a la concepción de Mayer, si la antijuridicidad consiste en la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado y no a todos, la antijuridicidad no es sino oposición objetiva al derecho, sin ser exacto que toda conducta antijurídica viole las normas, puede haber actos formalmente antijurídicos que, como vimos, no infrinjan los valores colectivos. En realidad lo que ocurre es que Binding y Mayer, presintieron el doble contenido de la antijuridicidad: formal y material." (8).

IV.2.- DOCTRINA DUALISTA DE FRANZ VON LISZT.

Celestino Porte Petit C., sostiene que existen cuatro puntos de vista para clasificar a la antijuridicidad, las cuales se integran a partir de la aceptación o el rechazo de la existencia de la antijuridicidad formal y material, dichos criterios son, a saber:

- 1.- El que acepta que la antijuridicidad es sólo formal o nominal.
- 2.- Aquel que acepta que solo existe antijuridicidad material.

(8). "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Pág. - - 179-180.; ED.- Porrúa, S.A., Ed.-Vigesima edición, México D.F., 1984.

- 3.- El que acepta tanto la antijuridicidad formal como la material, y
- 4.- La corriente que acepta la coexistencia de la antijuridicidad formal y la material (propia-- mente llamada la corriente dualista). (9).

Nosotros aceptamos ésta última posición doctrinaria la cual vió la luz, por primera vez, gracias al autor-Franz Von Liszt y en ella afirmó que la antijuridicidad formal es la franca oposición a las leyes del Estado; y la antijuridicidad material la lesión o puesta en peligro, en el caso concreto, de los bienes o intereses que protege la sociedad. (10).

En consecuencia por antijuridicidad formal debemos entender que el acto (delito) es formalmente contrario a derecho, es decir, que hay adecuación de la conducta a la valoración antijurídica que existe dentro del tipo, en tanto que hay transgresión a una norma establecida por el Estado de un mandato o de una prohibición del orden jurídico; en tanto que por antijuridicidad material debemos entender como aquel acto (en el orden de lo injusto) que implica -- ataque a los intereses vitales de los particulares o de la colectividad, los cuales se encuentran protegidos por las normas jurídicas.

(9). Cfr. "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", Pág. 483-484, ED.- Porrúa, S.A. Ed.- Sexta Edición, México, 1982.

(10). Cfr. PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General", pág. 301. ED.- Porrúa, S.A. Ed.- Octava edición, México, 1987.

Según Cuello Calón "hay en la antijuridicidad un doble aspecto: la rebeldía contra la norma jurídica (antijuridicidad formal) y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía (antijuridicidad material)." (11). En nuestros países hay autores como Ignacio Villalobos que sostienen que: "no es preciso pensar, por supuesto, que cada especie de antijuridicidad, formal o material, excluya a la otra; por el contrario, de ordinario van unidas ambas y son, de acuerdo con su naturaleza y su denominación, una la forma y la otra el contenido de la misma cosa." (12), en consecuencia, al afirmar que se puede diferenciar una antijuridicidad formal y otra material no se está sugiriendo el divorcio extremo de una y otra antijuridicidad, sino sólo el doble carácter que esta antijuridicidad tiene y debe tener para valorar a la conducta como estrictamente antijurídica.

Entendidas así las cosas, consideramos de suma importancia retomar algunos conceptos que fueron vertidos en el inciso III.1, en donde tratamos de discernir la naturaleza del elemento tipo y en el que afirmamos que toda conducta típica es antijurídica, y será antijurídica aún y cuando aquélla esté protegida por una causa de justificación; en otras palabras, reafirmamos que toda conducta será siempre antijurídica, aún y cuando esté protegida por una causa de justificación, ya que ésta tiene el poder de

(11). Citado por CASTELLANOS TENA, FERNANDO. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", pág. 180, ED.-Porrúa, Ed.- Vigésima edición, México, 1984.

(12). "Derecho Penal Mexicano. Parte General"., Pág. 259, ED.- Porrúa, Ed.-Cuarta edición. México, 1983.

eliminar la antijuridicidad formal, pero nunca podrá eliminar o desaparecer una antijuridicidad material y menos aún en los delitos de resultado, en donde se ha lesionado el bien jurídico, que en lo general, protege la norma.

IV.3.- ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL EN EL DELITO DE PELIGRO DE CONTAGIO.

Una de las garantías que tutela el artículo 14 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la garantía de la pena, la cual se encuentra prevista en su párrafo tercero y que a la letra determina: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, -- por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata", de este precepto tomó su razón de ser la antijuridicidad formal, indispensable para imponerse una pena por un acto u hecho claramente previsto por la ley.

En consecuencia, en derecho penal, está prohibida aplicar una ley específica a un hecho o acto parecido de mayor o menor gravedad, pero que en su esencia no es idéntico al que se trata de juzgar.

La anterior posición doctrinaria toma su máxima expresión en el dogma "nullum crimen, nulla poena sine lege", con lo cual se determina que para que una conducta tenga el carácter de criminosa debe de considerarse contraria a la valoración jurídica contenida en el tipo, es decir, de

be de ser antijurídica (en su especie antijuridicidad formal).

Teniendo en consideración la anterior posición doctrinaria podemos afirmar que, de la errática redacción del Artículo 199 Bis, se desprende que sólo podrá ser antijurídica aquélla conducta del sujeto activo del ilícito que sabiendo que "está enfermo de sífilis, o de un mal venéreo" ponga en peligro de contagio la salud de otro; redacción típica que nos limita sólo a la sífilis o a "otra enfermedad venérea", (y que por la teoría o la ciencia médica ha sido calificada, -previamente- como enfermedad venérea) excluyéndose o, mejor dicho, dejando sin posibilidad de sancionar la conducta de una persona infectada por el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, ya que, a pesar de ser una enfermedad que se transmite por contacto sexual, no ha sido, hasta la fecha, formalmente clasificada como enfermedad venérea.

Es importante resaltar que de acuerdo al análisis y exposición que hemos realizado en capítulos anteriores, de este mismo trabajo, consideramos como enfermedad venérea, o por lo menos tratamos de demostrar ese carácter, a toda aquélla enfermedad que por su origen, su naturaleza, por la significación del propio concepto venéreo, así como su forma idónea (más no limitativa) de transmisión, se realiza y se refiere al contacto sexual; en consecuencia, consideramos a la sífilis y al virus de la inmunodeficiencia humana como enfermedad venérea, ya que ambas se transmiten, entre otras formas no sancionadas por el legislador, por contacto sexual.

Con estos antecedentes podemos afirmar que con la redacción actual del artículo 199 Bis, parecería que el -- juzgador, al enfrentar un caso concreto de peligro de contagio por SIDA, se vería en la necesidad de no incriminar la conducta del sujeto activo, ya que por un lado dicha enfermedad, a pesar del medio idóneo de transmisión, no se -- considera específicamente, dentro de la redacción típica -- del artículo en estudio, y en consecuencia se podría consi- -- derar como conducta atípica, por falta del elemento norma- -- tivo de lo injusto. Por otro lado, y en el mejor de los -- casos, al crearse "la duda" (de si debe considerarse como -- enfermedad venérea o no), se tendría que eximir de respon- -- sabilidad al sujeto activo de la conducta, dado que, como lo -- establece el dogma "en caso de duda se estará a lo que be- -- neficie al reo", y por lo tanto no se integraría la típici- -- dad y la antijuridicidad formal del delito.

Por otro lado, y en consecuencia de nuestra posi- -- ción acerca de la antijuridicidad material, consideramos -- que existe y se da en el momento en que el Artículo 199 -- Bis, tiene como bien jurídico la protección de la salud -- del sujeto pasivo, contra cualquier enfermedad de carácter -- venéreo, y con enfermedades como el SIDA se está lesionan- -- do dicho bien jurídico tutelado por el Artículo 199 Bis -- en estudio.

IV.4.- LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION Y OTROS ASPECTOS -- NEGATIVOS.

La mayoría de los tratadistas de Derecho Penal lla- -- man causas de justificación al aspecto negativo de la anti-

juridicidad, sin embargo hay otra corriente que prefiere - denominarlas causas de licitud, argumentando que quien actúa conforme a la ley, actúa lícitamente.

Esta posición doctrinaria no es compartida por el suscrito porque de hacerlo, estaríamos aceptando que para eliminar la antijuridicidad de una conducta típica no sería necesario obtener una declaración formal del juzgador; (en el caso concreto, para eliminar la antijuridicidad formal de dicha conducta) declaración que sería innecesaria y aún absurda en virtud de que la conducta siempre estaría - conforme a derecho, es decir, el sujeto actúa lícitamente.

Por otro lado también estaríamos, implícitamente, rechazando los conceptos de antijuridicidad vertidos hasta el momento, porque recordemos que una conducta es antijurídica cuando SIENDO típica no está protegida por una causa de licitud, es decir, de conformidad con la prelación lógica del ilícito, verificamos primero que dicha conducta era típica, concepto que implica un lugar en el tiempo y el espacio, anterior a la verificación de la existencia de una causa de justificación.

Las causas de justificación, nos dice Castellanos-Tena, "son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber: la antijuridicidad." (13).

(13). "Lineamientos elementales de Derecho Penal". Pág. -- 183, ED.- Porrúa, S.A. Ed.- Vigésima edición, México, D.F., 1984.

El Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal vigente incluye, dentro de su Artículo 15, a todas las llamadas "circunstancias excluyentes de responsabilidad", en donde se consideran en forma específica, pero no ordenada, otras excluyentes de inculpabilidad, inimputabilidad y causas de justificación. Del análisis cuidadoso del citado artículo, podemos claramente identificar a dichas causas de justificación en las siguientes fracciones: fracción III, IV, V, VII y VIII, respectivamente: legítima defensa; Estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, obediencia jerárquica, e impedimento legítimo. En tanto que también, en el citado artículo, se citan causas de inculpabilidad, fracción I; inimputabilidad, fracción II, y ambas en la fracción VI; aquí lo importante es hacer resaltar que, aún y cuando todas son causas excluyentes de incriminación, su aplicación tiene diferente consecuencia en el campo práctico del derecho penal; ya que la aplicación de alguna de las llamadas causas de justificación eximen de toda responsabilidad al sujeto activo, aún de la posible responsabilidad civil, en tanto que la aplicación de alguna excluyente por inculpabilidad o inimputabilidad, si bien no dan lugar a la incriminación, no eliminan la llamada reparación civil ocasionándose, luego entonces, el pago de daños y perjuicios.

La teoría ha desprendido las anteriores consecuencias de la aplicación de una otra excluyente, fundamentándolas en las siguientes características de cada una de las mencionadas causas de incriminación:

- 1.- Las causas de justificación son objetivas y de

carácter impersonal, es decir, son "erga omnes" respecto de los participantes, ya que pueden ser invocadas por cualquier individuo sin atender a alguna característica personal o subjetiva; en una palabra, protegen a cualquier individuo que se encuentre bajo cualquiera de las hipótesis aceptadas como causas de justificación. Así mismo, al ser objetivas y referirse al hecho, se elimina cualquier clase de responsabilidad que se pretenda derivar del hecho en sí mismo.

- 2.- En tanto que las causas de inimputabilidad son subjetivas y de carácter personal, es decir, no pueden ser invocadas por cualquier sujeto, sino sólo protegen a aquél sujeto que haya sido o sea declarado inimputable; es decir, que no posea la capacidad de querer y entender. En síntesis, analiza la capacidad -permanente o transitoria- de actuar responsablemente dentro del campo penal.
- 3.- Por su parte, las causas de inculpa**bi**lidad, al igual que las anteriores, son subjetivas y de carácter personal, es decir que no pueden ser invocadas por cualquier sujeto, sino sólo protegen a aquél sujeto en quien, al momento de actuar, se haya ausente el conocimiento y la voluntad. En síntesis, las causas de inculpa**bi**lidad se refieren al análisis de la conducta capaz del sujeto, la cual se encuentra viciada por la falta de conocimiento y/o voluntad, en-

consecuencia, anulan la incriminación en el sujeto que tiene capacidad de querer y entender.

Como este apartado sólo nos interesan, por cuestión de disciplina metodológica y de exposición, las causas de justificación, diremos que éstas tienen la facultad de eliminar la antijuridicidad formal con base en los siguientes fundamentos:

- a) La ausencia de interés, y
- b) El interés preponderante.

En el primer supuesto se dá por hecho que está ausente el interés que la norma pretende proteger, y en el segundo concurren dos intereses que al ser incompatibles, y ante la imposibilidad de salvar a ambos, el Derecho opta por salvar el más valioso y permitir, en consecuencia, eliminar o sacrificar el de menor valía como único recurso de conservar el interés preponderante. (14).

Jímenez Huerta no concibe la existencia de causas impeditivas de la antijuridicidad que no se refieran o fundamenten en el principio de ausencia de interés o en el interés preponderante, agregando, el mencionado profesor, -" que el devenir cultural y económico harán surgir nuevas causas excluyentes de la antijuridicidad, pero que sus cimientos serán los mismos que sostienen las causas de justifi

(14). Cfr. CASTELLANOS TENA, FERNANDO. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Págs. 186 a 188. ED.-Porruá, Ed.-Vigésima edición, México, D.F., 1984

ficación en este momento. (15).

Algunos penalistas consideran que el consentimiento del interesado opera como causa impeditiva de la antijuridicidad, cuando se trata de bienes jurídicos disponibles; es decir, cuando la facultad de disposición no invade la esfera del interés público, ya que éste consiste en la protección de un interés privado del cual puede hacer uso, libremente, su titular.

De acuerdo a nuestra gafa de exposición, ahora nos toca efectuar un pequeño análisis de las causas de justificación que nos permita estar en condiciones de poder comprobar si el delito, que estamos estudiando, puede presentar algunas de dichas excluyentes de la incriminación.

a) Legítima Defensa.- La mayoría de los autores al tratar el tema de las causas de justificación, y al analizar a cada una de ellas en lo específico, están de acuerdo en poner en primer lugar a la legítima defensa; y todas las definiciones que de ella se han generado más o menos tienen semejanza: "repulsa de una agresión antijurídica y actual por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección" (16). Jiménez de Asúa, por ejemplo, proporciona una

(15). "La antijuridicidad", pág. 118. ED.- Imprenta Universitaria. Ed.- México, 1952.

(16). CASTELLANOS TENA, FERNANDO. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", pág. 192. ED. Porrúa, Ed.-Vigésima edición, México, D.F., 1984.

extensa definición de la legítima defensa al afirmar que es: "La repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirle o repelerla." (17)

Tradicionalmente se considera que son tres los requisitos de la legítima defensa a saber: a) Una agresión-injusta y actual; b) Un peligro inminente de daño; derivado de la agresión sobre bienes jurídicamente tutelados y c) un rechazo o repulsa de dicha agresión.

La legítima defensa se haya fundamentada, en nuestro Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para la República en materia Federal de 1931, en la fracción III del Artículo 15, la cual sostiene: (18).

"ART. 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

Repeler el acusado una agresión real, actual, inminente y sin dolo, en defensa de bienes jurídicos, -- propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de

(17). "La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal", - Pág. 289, ED.-HERMES. Ed.-3a. Corregida y Actualizada, Buenos Aires, Argentina. 1959.

(18). Cfr. "Artículo 15, fracción III del Código Penal del Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal." ED.-Porrúa. Ed.- México, 1986.

la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende."

"Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, salvo prueba en contrario, respecto de aquél que cause un daño a quien a través de la violencia, del escalamento o por cualquier otro medio, trate de penetrar, sin derecho, a su hogar, al de su familia, a sus dependencias o a las de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender o al sitio donde se encuentren bienes -- propios o ajenos respecto de los que tenga la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquéllos lugares -- en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión."

"Igual presunción favorecerá al que causare cualquier daño a un intruso a quien sorprendiere en la habitación u hogar propios, de su familia o de cualquiera otra persona que tenga la misma obligación de defender, o en el local donde se encuentren bienes propios o respecto de los que tenga la misma obligación, siempre que la presencia -- del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales que revelen al posibilidad de una agresión."

Del texto transcrito, podemos inferir que para la integración de esta eximente se requiere que se presenten los siguientes requisitos de carácter positivos:

1) Repeler una agresión real, es decir, repeler -- con una actividad otra actividad que amenaza con lesionar, verdadera y efectivamente, bienes jurídicamente protegidos.

"La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que por agresión debe entenderse el movimiento corporal voluntario del sujeto que amenaza lesionar o que lesiones bienes jurídicamente tutelados. Por su parte, el H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y Territorios Federales, ha considerado que debe entenderse -- por agresión, la embestida, ataque o actividad injusta." - (19).

2) Repeler una agresión real, actual, e inminente. El tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal ha asentado que la agresión es actual si se está realizando -- cuando se produce la acción con que el agredido la repele, (20) en otras palabras, la repulsa del agredido debe ser simultáneamente a la acción del agresor. Quintano Rípolles, en relación con este punto expresa "...no debe -- exigirse este requisito, porque no es absolutamente necesario que sea actual la agresión, y nunca será bastante alabada, la exclusión de esta condición entre las del Código, y ello, no sólo por la obvia y un tanto perogrullesca razón alegada por las partidas, sino porque el riesgo constituye "per se" un ataque a bienes jurídico protegible y -- tan cierto es esto, que cabe perfectamente concebir la legítima defensa, doctrinalmente al menos contra un riesgo,--

(19). Semanario Judicial de la Federación y Anales de Jurisprudencia, Citados por PORTE PETIT C., CELESTINO, "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", Pág. 503-504, ED.-Porrúa, Ed.-Sexta edición, México, 1982.

(20) Anales de Jurisprudencia, XXXII, pág. 90, Citado por PORTE PETIT C., CELESTINO. "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal". Pág. 505, ED.-Porrúa, Ed.-Sexta edición, México, 1982.

futuro y eventual." (21).

No obstante la anterior posición doctrinaria, nuestros tribunales han establecido, en diferentes ejecutorias que, para que se presente la legítima defensa, se requiere que haya una agresión y que ésta sea actual, es decir, que sea repelida en el mismo momento en que se está presentando la conducta real e injusta, ni antes ni después.

Por inminente debemos entender, de conformidad con el pensamiento de Carrancá y Trujillo, "...lo que está - por suceder prontamente, a virtud de la agresión actual." - (22).

3) Repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho, ésta es antijurídica por no estar amparada por alguna norma objetiva de valoración que el Estado reconoce.

El breve análisis de la legítima defensa presentado hasta el momento nos permite afirmar que la legítima defensa, en el delito de peligro de contagio, no es posible que se puede presentar, ya que sería un tanto grotesco y - aún absurdo, afirmar que un sujeto activo del ilícito de - peligro de contagio se vió en la necesidad de poner en peligro la salud del sujeto pasivo como resultado de una le-

(21). Citado por PORTE PETIT C., CELESTINO. "Programa de la Parte General de Derecho Penal", Pág. 413, ED. - UNIVERSIDAD NAL. AUTONOMA DE MEXICO, Ed.- Segunda -- edición, México, 1968.

(22). "Derecho Penal Mexicano. Parte General", Pág. 546, - ED.-Porrúa, Ed.- Décimoquinta edición, México 1986.

gítima defensa.

Tal vez lo que podría alegarse o presentarse es, aun que sea sólo una hipótesis de laboratorio que raya en la -- fantasía, que un sujeto pasivo del delito de violación (considerado como activo para el delito de peligro de contagio) posteriormente puede ser acusado por el sujeto activo de dicha violación (considerando como pasivo para el delito de peligro de contagio) de que puso en peligro su salud -- por padecer aquél alguna enfermedad venérea, -incluyen el SIDA como enfermedad, hasta el momento, incurable-, argumentando aquel que omitió aquélla conducta que debería impedir la consumación del acto, como la legítima defensa, - sin embargo, dado el carácter activo de dicha legítima defensa, no pensamos que pueda existir legítima defensa omisiva.

Es indudable que en el delito de peligro de contagio no puede darse la legítima defensa, puesto que no se concibe que se tenga que realizar una cópula para rechazar una agresión real, actual, o inminente y sin derecho.

b) Estado de Necesidad.- "...es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes, también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona (Cuello Colón)." (23). Tal y como se desprende de la anterior definición el estado de necesidad es la reacción que un sujeto

(23). CASTELLANOS TENA, FERNANDO, "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", Pág. 203, ED.-Porrúa; Ed.- Vigésima edición, México, D.F., 1984.

tiene ante una situación de peligro, actual o inmediato, - sobre sus bienes jurídicos protegidos por derecho, en la - cual no queda otro remedio que violar los intereses de bie- nes jurídicos de otro, también protegidos por el derecho.

En suma, el estado de necesidad es, por consiguien- te, un enfrentamiento de intereses legítimos, ambos prote- gidos por el Derecho y que, ante la imposibilidad de sal- var a ambos, el Estado opta por la salvación de uno de - - ellos.

Para que el estado de necesidad constituya una cau- sa de licitud se requiere que el bien salvado sea de más - valor que el sacrificado, situación en que se observa cla- ramente el interés preponderante como sustento y razón de- ser de esta causa de justificación.

Aún se discute, en la doctrina, la naturaleza jurf- dica del estado de necesidad y para precisarla se ha ins- trumentado la comparación jurídica entre los bienes legíti- mos en conflicto. "Hay casos-dice el Profesor Villalobos- en que la igualdad de los bienes en concurso es solo apa- rente; en realidad no se compara el valor de un objeto con otro, sino el de cualquiera de ellos con el de un conjunto de que ambos forman parte", (24). En este sentido se ha - afirmado que si el bien jurídico es de menor importancia - que el bien jurídico amenazado, luego entonces, si se inte- gra una causa de justificación; sin embargo se dice que si

(24). Citado por CASTELLANOS TENA, FERNANDO, "Lineamientos Elementales de Derecho Penal pág. 205, ED.- Porrúa; Ed.- Vigésima edición. México, 1984.

el bien jurídico sacrificado es de mayor importancia que el bien amenazado, esta acción constituye un delito; en tanto que si el bien jurídico sacrificado es de igual valor al bien jurídico amenazado se integra una inculpabilidad, por no exigibilidad de otra conducta.

A diferencia de la legítima defensa, en donde un interés legítimo es amenazado por un ilegítimo, en el estado de necesidad los dos bienes jurídicos son legítimos, y en consecuencia están jurídicamente protegidos, pero ante la imposibilidad de salvar a ambos el Derecho opta por salvar el más valioso.

De acuerdo a la fracción IV del Artículo 15 del Código Penal vigente, se presenta el estado de necesidad en las siguientes hipótesis:

"ART. 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

FRACC. IV.- Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real, actual o inminente no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance."

De la anterior descripción, podemos afirmar que para que la configuración del estado de necesidad, como causa de justificación eliminadora de la antijuridicidad, se

requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) Un peligro real.
- b) Actual o inminente.
- c) No ocasionado intencionalmente.
- d) Que no se tenga el deber legal de afrontarlo, y
- e) Que no existe otro medio practicable y menos -- perjudicial.

En consecuencia y atendiendo a la definición doctrinaria y al análisis dogmático de la fracción IV del Artículo 15 del Código Penal, en el delito de peligro de contagio, es inconcebible que opere el estado de necesidad como causa de justificación, ya que consideramos que:

- a) Es imposible que un sujeto enfermo de cualquier padecimiento venereo tenga relaciones sexuales como consecuencia o reacción a una situación de peligro.
- b) Que al tener relaciones sexuales este salvaguardando un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real, actual e inminente.
- c) Que mediante la cópula carnal, de un sujeto enfermo de algún mal venéreo, se de el enfrentamiento de bienes legítimos.

c) Cumplimiento de un Deber.- Para el Derecho Mexicano es perfectamente jurídica una conducta que se realiza en acatamiento de un deber que ha sido formalmente ordenado.

do por la Ley, en virtud de que ese acatamiento responde a un interés social preponderante.

En opinión de Maggiore "...La ejecución de la Ley es causa de justificación, porque, dado un ordenamiento jurídico, sería contradictorio imponer la obediencia de la Ley y (al mismo tiempo) castigar a quien viola un derecho, por el hecho mismo de la obediencia." (25).

De conformidad con la fracción V hipótesis primera del Artículo 15 del Código Penal vigente, se presenta - el cumplimiento de un deber cuando un sujeto activo se ve en la posibilidad de:

"ART: 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

FRACC. V.- Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico, (...), siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber..."

De la simple lectura de la fracción anterior se puede inferir que, únicamente, será legítima la conducta que para cumplir un deber jurídico viole otro precepto penal, siempre que exista la necesidad racional, o sea la equivalencia en el medio empleado para cumplir el deber y el precepto penal "violado"; así mismo, cabe resaltar que dicho deber necesariamente y obligatoriamente debe ser de natura

(25). "Derecho Penal". Volumen I, pág. 392. ED.-THEMIS, Ed. Quinta edición, Bogotá, 1971.

leza jurídica, pues cualquier otro sería irrelevante para el derecho y en consecuencia no se integraría la causa de justificación, por cumplimiento de un deber, impeditiva de la antijuricidad.

Como es de observarse, en el delito de peligro de contagio, no es posible decir que se pone en peligro la salud de un sujeto pasivo en el cumplimiento de un deber, ya que es inconcebible que se tenga que realizar una cópula, sabiendo que se está enfermo de sífilis o de alguna enfermedad venérea, para cumplir con un deber marcado por la -- Ley.

Ejercicio de un Derecho.- Inculpar una conducta que en principio parecería antijurídica, pero cuyo ejercicio la Ley autoriza, sería una contradicción en sí misma.- En este sentido se afirma que quien obra en ejercicio de un derecho realiza un comportamiento ajustado al orden jurídico, no obstante que dicho ejercicio haga violatorio otro interés jurídico también protegido por la Ley; en esta exmente, también es obvio que opera, por sobre todas las cosas, el interés social preponderante.

También es bien claro que para ejercitar este derecho no sólo se requiere que el sujeto activo obre amparado bajo esta causa de justificación, la cual debe estar expresamente incluida en el ordenamiento jurídico, sino que también es indispensable que, para ejercitar dicho derecho, - éste se haga por la vía que la ley y las normas sociales - y de cultura consideran como legítimas.

En este sentido y en virtud de la naturaleza del delito de peligro de contagio, es decir de su carácter sexual o conjunción carnal, se podría pensar que en un matrimonio el cónyuge tiene, de acuerdo con los fines del mismo, derecho a la cópula y por tanto al realizarla ejercita un derecho.

Sin embargo y a este respecto, los Tribunales Mexicanos han establecido: "El Código Civil, al referirse al matrimonio menciona en forma expresa, como una obligación de los contrayentes, la sexual; pero siendo uno de los fines del matrimonio la reproducción de la especie, los cónyuges están obligados en todo caso a aquellos ayuntamientos sexuales que sean normales y cuya finalidad sea procreativa, quedando, por consiguiente, excluidas las cópulas de carácter anormal, aquella en que intervenga el uso de anticonceptivos, y las cópulas con enfermos que padecen males - - transmisibles, porque estos ayuntamientos serían ilícitos, considerándose la cópula en tales casos como una agresión de un cónyuge para el otro..." (26).

En síntesis, el marido o la cónyuge que estando enferma de sífilis, de algún mal venéreo o de SIDA, al tener conjunción carnal con su pareja, no está ejercitando un legítimo derecho, ya que éste no es legítimo en virtud de -- que dicho ayuntamiento implica un peligro para la salud de (el) la esposa(o) o de los descendientes, y en atención a-

(26). Anales de Jurisprudencia, XXXIV, pág. 523, Citado -- por PORTE PETIT C., CELESTINO. "Ensayo dogmático sobre el delito de violación", pág. 56-57. ED.- Porrúa, Ed.- Cuarta edición, México, 1985.

eso se estaría lesionando el bien jurídico protegido por el tipo penal en estudio, es decir, la salud del sujeto pasivo. Concluyendo, podemos afirmar que el ejercicio de un derecho no opera como causa de justificación en el delito de peligro de contagio, y si en cambio, puede dar origen al ilícito de ejercicio indebido del propio derecho, previsto y sancionado en el Artículo 226 del Código Penal vigente.

c) Obediencia Jerárquica.- La obediencia debida -- opera, como causa de licitud, únicamente en aquellos casos en que el subordinado se encuentra obligado por la ley a obedecer incondicionalmente la orden emanada del superior jerárquico; es decir, cuando el ejecutante carece de toda facultad de inspección sobre la legitimidad de la conducta a realizar, circunstancia ante la cual éste aspecto negativo de la antijuridicidad queda englobado en la causa genérica del cumplimiento de un deber.

Se dice que la obediencia jerárquica sólo opera como causa de licitud en aquellos casos en que el subordinado carece del poder de inspección y legalmente tiene el deber de obedecer la orden emanada de su superior jerárquico, ya que pueden presentarse, además, las siguientes hipótesis:

- 1.- El subordinado tiene poder de inspección sobre la orden del superior y conoce la ilicitud de la conducta ordenada, luego entonces se integra la conducta típica delictiva, porque el subordinado, al igual que el superior, está suje

to al orden jurídico.

- 2.- El subordinado tiene poder de inspección sobre la orden del superior, pero desconoce la ilicitud de la conducta ordenada, luego entonces se integra una causa de inculpabilidad por error esencial de hecho, (desconocimiento esencial e invencible).
- 3.- El subordinado tiene poder de inspección sobre la orden del superior y conoce la ilicitud de la conducta ordenada, pero obedece ante la amenaza de sufrir graves consecuencias, por consiguiente se integra una causal de inculpabilidad, por coacción sobre el elemento volitivo - emocional o por no exhibibilidad de otra conducta. (27).

En una hipótesis verdaderamente fantástica, se podría pensar que se puede presentar la obediencia jerárquica cuando un subordinado, careciendo de poder de inspección, legalmente obligado y enfermo de sífilis, SIDA o de alguna otra enfermedad venérea, es mandado, por su superior jerárquico, a tener contactos sexuales con otros sujetos, a quien ese superior jerárquico considera como sus enemigos, para que éstos queden infectados o por lo menos corran el peligro de quedar infectados.

f) Consentimiento del Interesado.- El Código Penal

(27). Véase CASTELLANOS TENA, FERNANDO. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Pág. 264-265, ED.- Porrúa; Ed.- Vigésima edición, México, 1984.

vigente, al parecer, no considera el consentimiento del interesado como causa impeditiva de la antijuricidad; sin embargo, en la doctrina sí hay referencia expresa en donde se considera que lo injusto no existe cuando por parte del interesado hay una "ausencia de interés", en otras palabras, cuando otorga en forma expresa o tácita su consentimiento para que el sujeto activo ejecute la conducta típica, siempre que dicho consentimiento recaiga sobre bienes de los cuales el sujeto protegido tiene válida disposición.

"El Consentimiento del Ofendido.- Escribe Mezger - constituye el ejemplo clásico de la exclusión de lo injusto con arreglo al principio de la ausencia de interés, - - pues supone el abandono consciente de los intereses por -- parte del que lggítimamente tiene la facultad de disposición sobre el bien jurídico." (28).

Problema diferente, al que se estudia, se presenta cuando el tipo penal exige de una manera categórica la ausencia del consentimiento del interesado para que el delito se configure; ya que cuando dicho consentimiento concurre, estamos no frente a una causa de licitud sino ante una atipicidad por ausencia de consentimiento, situaciones que concretamente se señalan en los artículos 210 (revelación de secretos) 260 (atentados al pudor); 285 (allanamiento de morada) y 367 (robo).

En el caso que nos ocupa se puede presentar una --

(28). Citado por JIMENEZ HUERTA, MARIANO; "La antijuricidad". Pág. 145; ED.- Imprenta Universitaria, Ed.- México, 1952.

causa de justificación por presentarse el consentimiento, pero sólo en la hipótesis de que el delito de peligro de contagio se presente entre cónyuges, ya que el Artículo -- 199 Bis, en su parte última establece: "...tratándose de cónyuges, sólo se procederá por querrela del ofendido"; y en consecuencia se entiende que el consentimiento, del cónyuge ofendido, elimina la antijuridicidad formal del delito que estamos estudiando. En otras palabras afirmamos -- que la querrela necesaria del cónyuge ofendido, además de considerarse como requisito de procedibilidad, implica que su ausencia, así como el perdón (una vez tramitada esta querrela), otorga tácitamente el consentimiento del cónyuge pasivo del ilícito y en consecuencia se integra una causa de justificación, eliminatoria de la antijuridicidad.

Es importante afirmar que representa un acierto, en relación a la doctrina, la posición adoptada en nuestro Código Penal, y en particular la posición de la parte infine del Artículo 199 Bis, ya que acepta tácitamente el consentimiento, (limitado exclusivamente entre cónyuges) sólo en el delito de peligro de contagio, -en virtud de que esta situación de peligro sí es un derecho disponible-, no así en el delito de lesiones por contagio venéreo, ya que éste deja de ser un derecho disponible para convertirse en un derecho de naturaleza social o colectiva de carácter irrenunciable.

Para corroborar la anterior posición, citaremos el pensamiento de Giuseppe Maggiore, el cual afirma que los requisitos del consentimiento son:

1.- Un sujeto que otorgue su consentimiento o conciencia el hecho típico, es decir, un titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, lo cual presupone:

- a) Un derecho puesto en peligro o lesionado.
- b) Un poder de disposición de ese derecho, y
- c) Capacidad jurídica para hacer valer su consentimiento.

2.- Un acto de consentimiento, efectuado por cualquier medio reconocido por la Ley, o por la -- costumbre, bastando, a veces, el simple silencio; en otras palabras, el acto de consentimiento puede ser expreso o tácito.

3.- Un derecho violado o puesto en peligro, y que por su naturaleza sea un derecho disponible -- por su titular.

A este respecto manifiesta Manzini; que sólo son bienes disponibles los intereses privados y los derechos patrimoniales; en tanto que Maggiore considera que son bienes disponibles, -- tanto los derechos reales (salvo cuando se limite su disponibilidad, por razones de carácter público), como los derechos de obligación (a menos que la propia Ley los califique de -- ilícitos, como sucede con la usura). En cambio estima como bienes indisponibles o personalísimos los derechos no patrimoniales, típicos o medianamente públicos, o los intereses considerados de naturaleza social o colectiva, ta--

les como los derechos de familia, la integridad corporal, la salud de la estirpe y la fe pública, etc., así como los derechos de disposición sobre el propio individuo.

- 4.- Un efecto del consentimiento el cual se puede manifestar, por un lado, como la imposibilidad de integración delictiva por falta de adecuación típica y por otro una causa de justificación por presentarse dicho consentimiento. (29).

Como se puede inferir el cónyuge o sujeto pasivo - al otorgar su consentimiento está renunciando a un derecho personal o privado, el cual puede ser disponible por estar dentro del límite de los intereses particulares, aunque al parecer colinda con los intereses o bienes indisponibles, como puede ser la salud de la estirpe, la integridad corporal o los derechos de disposición sobre el propio individuo, los cuales serían irrenunciables y solo si se produce el contagio.

*

(29). Cfr. PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General". Pág. 358-359, ED. Porrúa. Ed.- Octava edición, México, 1987.

V.- LA IMPUTABILIDAD, LA CULPABILIDAD Y SU AUSENCIA.

V.1.- LA IMPUTABILIDAD: PRESUPUESTO LOGICO-JURIDICO DE LA CULPABILIDAD.

Para que la conducta típica y antijurídica pueda ser reprochada al autor, se requiere que éste, en el momento de perpetrarla, tenga la aptitud subjetiva de conocerla y de quererla; en otras palabras, que en el momento de ejecutar la conducta o hecho, esté dotado de un mínimo de salud y desarrollo mental que le den, dentro del derecho pena, la calidad de imputable.

Los autores en la doctrina, al referirse a este -- punto, no se han puesto de acuerdo y han considerado a la imputabilidad, unos como presupuesto general del delito; -- otros como elemento integral del mismo y la mayoría como -- presupuesto de la culpabilidad. Parte del fundamento de dicha diferenciación radica, al parecer, en los límites o linderos que se le dan al concepto culpabilidad; en consecuencia, si se separa la imputabilidad de la culpabilidad -- se tomarán a ambas como elementos autónomos integrantes -- del delito; en tanto que si consideramos que un sujeto para ser culpable precisa que antes sea imputable, luego entonces la imputabilidad será estimada como un presupuesto de la culpabilidad. Para Celestino Porte Petit C., invocando a su vez a Massari y a Petrocelli, la imputabilidad, junto con los conceptos de norma penal, sujeto y el bien tutelado, forman los presupuestos generales del delito. (1).

(1). Citado por RAYON VASCONCELOS, FRANCISCO, "Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General". Pág. 370, ED. Porrúa, Ed. Octava edición México, 1987.

Nosotros, al igual que autores como Fernando Castellanos Tena, Ignacio Villalobos y Francisco Pavón Vasconcelos, nos inclinamos en considerar a la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad, puesto que para que un sujeto sea socialmente responsable de su conducta necesita, primero, tener esa capacidad de querer y entender para conducir, con conocimiento y voluntad, sus actos u omisiones.

A este respecto afirma Fernando Castellanos Tena: - "...Para ser culpable un sujeto precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad, (...), interviene el conocimiento y la voluntad, (primero) se requiere la posibilidad (aptitud) de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de quere, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad." (2).

Por su parte Ignacio Villalobos, afirma: "...La imputabilidad debe aceptarse como un tecnicismo que se refiere a la capacidad del sujeto: capacidad para dirigir sus actos dentro del orden jurídico y que, por tanto, hace posible la culpabilidad." (3).

En tanto que Francisco Pavón Vasconcelos sostiene: "Si la imputabilidad es capacidad del sujeto, que consiste-

(2). "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Pág. 217, ED. Porrúa, Ed.-Vigésima edición, México, D.F., 1984.

(3). "Derecho Penal Mexicano. Parte General". Pág. 286, ED. Porrúa, Ed.- Cuarta Edición, México, D.F., 1983.

ordinariamente en el conocimiento de la significación del hecho en el mundo normativo; capacidad de "dirigir sus actos dentro del orden jurídico" y por ello condición que hace posible la culpabilidad penal, afirmase que la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad." (4).

Una vez que hemos tratado de comprobar que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, y que de ello desprendemos que la imputabilidad se refiere a la calidad o capacidad intelectual y volitiva, anterior y/o concomitante a la realización del acto del sujeto, estamos en posibilidades de intentar una definición sobre el mencionado vocablo, retomando para ello algunos conceptos emitidos por diversos autores.

De conformidad a lo antes expuesto, consideramos - que la imputabilidad será un estado de capacidad de salud psíquico-física o adecuado desarrollo mental en un sujeto; capacidad que le permitirá al momento de realizar la conducta o hecho típico, representar el carácter antijurídico de su acto y en consecuencia responsabilizarse socialmente -- del mismo.

V.2.- RESPONSABILIDAD Y ACCIONES LIBRES EN SU CAUSA.

La imputabilidad, con harta frecuencia, es confundida con el concepto de responsabilidad, sin embargo, hay que reafirmar que la imputabilidad es la condición "sine -

(4). "Manual De derecho Penal Mexicano, Parte General", - Pág. 371, ED. Porrúa, Ed.-Octava edición. México, - 1987.

qua non" para que un sujeto pueda obrar culpablemente; en tanto que la responsabilidad, al rebasar la esfera propia y personal del sujeto activo, se convierte en el deber jurídico que tiene, por ser imputable, de dar cuenta la Estado por la conducta o hecho antisocial efectuado. Ignacio Villalobos afirma al respecto: "...si la imputabilidad es capacidad de obrar con discernimiento y voluntad y capacidad, por tanto, de ajustarse a las normas jurídicas o apartarse de ellas culpablemente, su colorario inmediato es la responsabilidad, como obligación de sufrir las consecuencias jurídicas de los propios actos.

"En resumen (...) la imputabilidad es calidad o estado de capacidad del sujeto; la culpabilidad es relación del acto con el sujeto; y la responsabilidad lo es entre el sujeto y el Estado..." (5).

Antes de efectuar la exposición y análisis del aspecto negativo de la imputabilidad, debe aclararse que las llamadas acciones "liberae in causa" no constituyen un caso de inimputabilidad, y sí, en cambio, vienen a ser una excepción a la regla de que el agente, para ser responsable socialmente y ante el Estado, debe poseer en el momento de la ejecución del ilícito capacidad de entender y querer; - es decir, debe tener capacidad intelectual y volitiva.

Franz Von Liszt sostiene que hay presencia de acciones libres en su causa, pero determinadas en cuanto a sus efectos, cuando por un acto u omisión en estado provocado-dolosa o culposamente -de imputabilidad, se produce -

(5). "Derecho Penal Mexicano, Parte General". Pág. 288- -- 289. ED.- Porrúa, Ed.- Cuarta Edición, México, D.F., 1983.

un resultado contrario a Derecho. (6).

Existen diferentes teorías que tratan de buscar el fundamento de las acciones libres en su causa; sin embargo son dos las que podríamos considerar como las más serias e impactantes:

a) Por un lado, podríamos considerar a aquella que han sostenido Manzini y Massari, entre otros, y que defienden la imposibilidad de castigar, a título doloso, a quien delinque en un estado de inimputabilidad, aún si se ha procurado éste por medio de una acción libre en su causa, en virtud, afirman, de que no hay existencia de dolo, por lo menos en forma concomitante al momento de consumarse el ilícito penal; dolo que es indispensable para la integración del elemento culpabilidad, o bien, por no ser posible que estando en dicho grado de inconciencia pueda, segura y precisamente, el sujeto realizar el propósito concebido en un estado anterior de conciencia o lucidez.

b) La segunda posición, que es la más aceptada y la que acepta nuestra legislación penal mexicana, señala que la razón de ser de las acciones libres en su causa tienen como base de sustentación el hecho de que la responsabilidad criminal de quien realiza una acción u omisión delictiva, descansa no sólo en la realización de la acción u omisión consumativa del delito, sino en el análisis de la causa u origen de esa acción u omisión generada en un esta

(6). Citado por PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. "Derecho Penal Mexicano. Parte General". Pág. 383-384. ED. Porrúa. Ed.-Cuarta Edición, México, D.F., 1983.

do pleno de conciencia y libertad del actor, aunque luego, al consumarse la infracción carezca de esa libertad. "El hombre que por sugestión, por el sueño, por el uso de drogas, o por cualquier medio conocido por él en sus efectos, se pusiera en condiciones de realizar un delito que a los demás pudiera parecer no intencionados y fruto solo de --- aquel momento de anormalidad, en realidad había tomado la resolución antijurídica y habría ejecutado el acto adecuado para su realización en estado de plena y perfecta imputabilidad, aún cuando el acto ejecutado en tales condiciones no fuera el inmediato a la producción del daño, como disparar el revólver o apoderarse de lo ajeno, sino uno djverso, de efectos mediatos, pero efectivamente causal del resultado." (7).

La imputabilidad de un sujeto que se encuentra bajo alguna de las hipótesis de las acciones "liberae in causa" se encuentra, en nuestro derecho positivo, fundamentada en la parte in fine de la Fracción II, del Artículo 15 del Código Penal para el D.F., en materia común y para toda la República en materia federal, que a la letra dice:

"ART. 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

Fracc. II.- Padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del he-h

(7). VILLALOBOS, IGNACIO, - "Derecho Penal Mexicano. Parte General", pág. 288, ED.- Porrúa, Ed.- Cuarta edición, México, D.F., 1983.

cho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos que el propio sujeto activo haya provocado.-- esa incapacidad intencional o imprudencialmente.

De conformidad con esta última parte del precepto citado y de la teoría desarrollada dentro de la Doctrina Penal, es innegable que, por la naturaleza o el medio idóneo para la realización del ilícito que nos ocupa, se puede presentar cualquiera de las hipótesis aceptadas como acciones libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su resultado, (embriaguez, sueño, sugestión, inhalación de tóxicos, etc., es decir, cualquier medio idóneo para alcanzar un trastorno mental transitorio), y por lo tanto el sujeto activo y/o pasivo de la relación carnal, pero sujeto activo del delito de peligro de contagio, puede ser responsable y por tanto, culpable de su conducta.

V.3.- LA INIMPUTABILIDAD.

El concepto de imputabilidad no es un concepto que se pueda encontrar en forma expresa dentro de la ley positiva mexicana, sino que su definición se debe desprender e integrarse, dogmáticamente, a partir de las normas que regulan dicha imputabilidad, como lo son: el artículo 15, Fracción II, así como la primera parte de la fracción VI del mismo artículo; los artículos referentes al tratamiento de inimputables, es decir, de los Artículos 67 y 68 del Código Penal de 1931, y las normas que regulan el tratamiento aplicable a los menores de edad. En consecuencia si la imputabilidad es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho y de determinarse expon-

táneamente conforme a esa comprensión, la inimputabilidad presupone la ausencia de dicha capacidad por padecer el inculpado trastorno mental (permanente o transitorio), miedo grave o desarrollo intelectual retardado.

Dado este estado de excepción podemos inferir que en nuestro Derecho Penal positivo priva el criterio de que, en principio, todo individuo es imputable; en consecuencia sólo podrá esgrimirse, *iuris tantum*, como causas de inimputabilidad aquellas hipótesis que se desprenden del Artículo 15, fracción II y de la fracción VI del citado precepto; es decir, de las hipótesis que pueden integrar el trastorno mental, tanto permanente como el transitorio, el desa-rrollo intelectual retardado, así como el miedo grave.

El Artículo 15, en las fracciones mencionadas, textualmente sostiene:

"ART. 15.- Son circunstancias excluyentes de res-ponsabilidad penal: Fracc. II.- Padecer el inculpa do, al cometer la infracción, trastorno mental o desa-rrollo intelectual retardado,... Fracc. VI.-- Obrar en virtud de mieuo grave...

Autores como Francisco Pavón vasconcelos han establecido que para la formulación de las causas de inimputabilidad se han tenido que considerar criterio de índole -biológico, psicológico, psiquiátrico, así como las mixtu-ras de estas tres áreas del conocimiento. (8).

(8). Cfr. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General" pág. 375 a 377, ED.- Porrúa, Ed.-Octava Edición, Méxi co, D.F., 1987.

El criterio biológico, se afirma, se debe de aplicar en aquéllas hipótesis en donde se puede observar fenómenos de inmadurez física y/o mental del sujeto activo del ilícito penal, como lo es el caso de la minoría de edad, - la cual de acuerdo a los criterios aplicados en las distintas legislaturas locales de nuestra República puede variar de entre los 16 y los 18 años de edad.

El criterio psicológico, como sustento de algunas de las hipótesis de inimputabilidad, implica que dicha - - inimputabilidad del hombre puede devenir por alteraciones en su conducta -ias que pueden ser de origen hipnótico, psicoanalítico u ocupaciona-, por lo que se crea, como consecuencia, un estado de incapacidad de entendimiento y autodeterminación. Bajo este criterio psicológico también se comprende, en término genéricos, la inmadurez mental, independientemente del factor cronológico, y de toda clase de alteraciones o traumas psíquicos.

Bajo el criterio psiquiátrico se fundamentan todas aquellas hipótesis de inimputabilidad que tiene como origen el transtorno mental, ya sea este de tipo transitorio o de tipo permanente, es decir, cualquier perturbación de - las facultades psíquicas.

El criterio mixto implica, como su nombre lo indica, la combinación de los anteriores criterios, lo cual -- permite analizar y legitimar algunas hipótesis de inimputabilidad que plantea la praxis penal.

Hasta antes de las últimas reformas realizadas al-

Código Penal, en donde se incluyó el cambio de contenido -- de la fracción II de su Artículo 15 - publicado el 13 de noviembre de 1984- el legislador enumeraba en forma pragmática y limitativa aquellas hipótesis de inimputabilidad que -- por causas biológicas, psicológicas o psiquiátricas se podrían presentar en la realidad social, con lo cual se originaba que nuestra legislación penal estuviera, permanentemente, rezagada con relación a los avances que hubiera en -- las ciencias que estudian la mente del hombre y su comportamiento.

Contexte a esta posición, comenta Francisco Pavón -- Vasconcelos, "... En esa decisión -- la de cambiar el contenido de la fracción II del Artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal-, influyó de sobremanera la opinión de Quiróz Cuarón, quien puso de relieve que cualquier enumeración de las causas de inimputabilidad se quedará siempre -- corta ante los progresos que día a día se obtienen a través de los estudios psiquiátricos, pues constantemente se despeja alguna incógnita en el mundo críptico de la patología mental. Por tal razón, creemos que la redacción del Artículo 15-II, no sólo supera, como lo señalamos antes, sino certifica definitivamente el concepto de inimputabilidad, originado en el trastorno mental transitorio y en el desarrollo -- intelectual retardado, en los cuales concurren elementos biológicos, psicológicos y psiquiátricos.

En efecto, las expresiones "trastorno mental " y -- " desarrollo intelectual retardado " por su latitud abarcan, la primera, toda clase de trastornos mentales, la segunda, comprende los casos en que si bien no existe propiamente

un trastorno mental, el sujeto por su desarrollo intelectual retardado o incompleto no se encuentra, como ocurre - igualmente en el transtorno mental, en posibilidad de comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de - - acuerdo con esa comprensión, como sucede en algunos casos, - tratándose de los ciegos o sordomudos, cuando éstos carecen totalmente de instrucción." (9)

De las causas excluyentes de incriminación a que - se refiere la fracción VI del Artículo 15 de nuestro Código Penal, sólo el miedo grave opera como aspecto negativo de imputabilidad, ya que ante el temor fundado se reacciona conscientemente, y por lo tanto solo puede dar causa a - una inculpabilidad; en el miedo, en cambio, al afectar la aptitud psicológica puede producir en el sujeto la inconciencia o el automatismo, es decir, que ocasiona un trastorno mental; transtorno que suprime en el sujeto el uso - normal de sus facultades psíquicas.

Concorde con esta posición, Fernando Castellanos - Tena sostiene: "...El miedo grave constituye una causa de imputabilidad, el temor fundado puede originar una inculpabilidad (...). El miedo grave obedece a procesos causales psicológicos, mientras el temor encuentra su origen en procesos materiales. El miedo se engendra en la imaginación. Octavio Vejar Vázquez expresa: "Ya se sabe que el miedo difiere del temor en cuanto se engendra con causa interna - y el temor obedece a causa externa. El miedo va de dentro

(9). "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General". - Pág. 380.- ED.- Porrúa, S.A., Eo.- Octava Edición, - México, D.F., 1987.

para afuera y el temor de fuera para adentro." Debemos -- agregar que es posible la existencia del temor sin el miedo; es dable tener un adversario sin sentir miedo del mismo. En el temor, el proceso de reacción es conciente; con el miedo puede producirse la inconciencia o un verdadero - automatismo, y por ello constituye una causa de inimputabilidad;..." (10).

Dada la amplitud del contenido de los conceptos - > trastorno mental, ya sea en su modalidad transitoria o - permanente, y desarrollo intelectual retardado, consideramos factible que sí se pueden esgrimir como causas de inimputabilidad en el delito de peligro de contagio, ya que -- cualquiera de estos trastornos mentales, en ambas modalidades, no excluye la capacidad sexual del sujeto; en consecuencia puede existir la posibilidad de que algún trastornado mental, con tratamiento o sin el, pueda ser "objeto"- de relación sexual, y por lo tanto imputado de ser sujeto- activo del delito de peligro de contagio. La misma situación puede esgrimirse en contra de un sujeto con desarrollo intelectual retardado, como lo puede ser un ciego o un sordomudo, que carecen totalmente de instrucción, ya que - por el hecho de estar en esa situación carecería de la posibilidad de considerársele como imputable, en virtud de - que al momento de consumir la conducta, carecería de la capacidad de querer y entender y en consecuencia representar el carácter antijurídico de su acto.

Por lo que respecta al miedo grave, por la natura-

(10). "Lineamientos Elementales de Drecho Penal", Pág. - - 229. ED.- Porrúa, Ed.- Vigésima Edición, México, D.- F., 1984.

leza de la comisión del ilícito, no creemos probable que una persona pueda ser sujeto activo del ilícito de peligro de contagio por miedo, es decir, capaz de tener relación carnal en el preciso momento en que está sometido a una presión psicológica de tal naturaleza.

V.4.- DEFINICION DE CULPABILIDAD.

La culpabilidad es el nexo intelectual y volitivo -- existente entre el sujeto y sus actos.

En México, Celestino Porte Petit y Fernando Castellano Tena, dentro de la corriente psicológica de la culpabilidad, han aportado interesantes definiciones sobre el citado elemento subjetivo del ilícito penal; así para el primero, "...la culpabilidad con base psicológica, consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; lo que quiere decir, que contiene dos elementos: uno volitivo o como lo llama Jiménez de Asúa: emocional, y otro intelectual. El primero, indica la suma de dos querereres: de la conducta y del resultado; el segundo, el intelectual, el conocimiento de la antijuricidad de la conducta." (11).

Para Fernando Castellanos Tena, la definición aportada por Porte Petit adolece del error de que en ella no se comprende a los delitos culposos o no intencionales, en virtud de que en dichas formas de culpabilidad no se quie-

(11). "Importancia de la Dogmática Jurídico Penal", pág. - 49, ED.- Gráfica Panamericana, S. de R.L., Ed.- Primera edición. México, 1954.

re el resultado y en consecuencia no existe nexo intelectual y volitivo del sujeto con dicho resultado. "Por ello -afirma el citado autor-, consideramos a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto." (12).

De la exposición de las anteriores definiciones -- que se transcribieron en forma de tesis, antítesis y síntesis, podemos afirmar, categóricamente, que la culpabilidad radica en la relación intelectual y volitiva que existe entre el sujeto y su acto.

V.5.- TEORIA PSICOLOGISTA Y NORMATIVISTA DE LA CULPABILIDAD.

Dos son las teorías o tendencias teóricas que tratan de precisar la naturaleza jurídica de la culpabilidad, estas son: la teoría psicologista y la teoría normativista de la culpabilidad.

Para la primera, es decir, para la teoría psicologista, la culpabilidad consiste en el nexo psicológico-intelectual y volitivo- que se establece entre el sujeto y el acto exterior realizado; en consecuencia, y mediante esta forma de vinculación, se comprenden tanto a los delictuosos, culposos, como a los preterintencionales.

"...Soler, adherido a la concepción psicologista -

(12). "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", pág. -- 234, ED. Porrúa, Ed. Vigésima Edición, México, 1984.

precisa, con relación al hecho concreto, que se afirmará - la culpabilidad cuando el sujeto capaz obra no obstante la valoración que el mismo está obligado a reconocer como súbdito del orden jurídico. Ello supone, en primer término, - la vinculación del sujeto con el orden jurídico y, por -- otra parte, la vinculación subjetiva del propio sujeto con su hecho, fenómeno ambos de naturaleza psicológica, pero - que atienden a fundamentos distintos, pues mientras el -- primero implica una valoración normativa, el segundo está - privado de toda valoración." (13).

En épocas relativamente recientes surgió una nueva corriente a la cual se le ha dado el nombre de teoría normativista de la culpabilidad; dicha teoría surge en Alemania y es Reinhart Frank su autor, a la cual se le adhieren, con algunas variantes, autores como Goldschmidt; Freudental y Mezger, entre otros muchos teóricos del Derecho Penal. (14)

La teoría normativista, al igual que la teoría psicológica, presupone la presencia de una conducta o hecho antijurídico, pero la culpabilidad normativista agrega un nuevo elemento: la reprochabilidad (la cual está dirigida hacia el autor por no haber omitido la acción antijurídica, a pesar de haberla podido omitir). Afirma Edmundo Mezger que en este caso la culpabilidad no consiste solamente en-

- (13). Citado por PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. "Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General", pág. 364, ED. Porrúa, Ed.- Octava Edición. México, 1987.
- (14). Cfr. PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General". Pág. 363-364. ED. Porrúa, Ed.- Octava Edición, México, 1987.

una relación psicológica entre el acto y el sujeto activo del ilícito, sino que teniendo presente un hecho psicológico concreto se debe precisar:

- a) Los motivos que dieron origen al hecho antijurídico, para ubicar la conducta del agente como dolosa o culposa.
- b) Determinados los motivos, debe precisarse si el hecho le es o no reprochable, y
- c) Teniendo presentes los puntos anteriores y la "personalidad" del autor, precisar si le era -- "exigible" una conducta acorde con el Derecho.-(15).

A este respecto afirma Fernando Castellanos Tena, - "...La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea, el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber. La exigibilidad sólo obliga a los imputables que en el caso concreto puedan comportarse conforme a lo mandado. Así la Culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa, por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad. Ese juicio surge de la ponderación de dos términos: por una vertiente, una situación real, una conducta dolosa o culposa cuyo autor pudo haber evitado; y, por otra, un elemento normativo que le exigía un comporta-

(15). Citado por PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO", Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General." Pág. 367. ED. Porrúa. Ed.-Octava edición, México, 1987.

miento conforme a Derecho; es decir, el deber ser jurídico." (16).

Otros autores, como Jiménez de Asúa y Cuello Calón, al exponer su concepción sobre la teoría normativista, han sostenido que la culpabilidad en el más amplio sentido - - -afirma el primero-; puede definirse "como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica." (17), en tanto que Cuello Calón afirma: que una conducta es culpable, "...cuando a causa de la relación psicológica existente entre ella y su autor puede ponerse a cargo de éste y además serle reprochada..." (18).

V.6.- FORMA DE CULPABILIDAD.

Es hasta la reforma del Código Penal, efectuada en 1983 y publicada en 1984, cuando se reconoce en un sólo artículo las tres formas en que puede presentarse la culpabilidad en el Derecho Positivo Mexicano, ya que en el Artículo 8 del mencionado ordenamiento se establece:

"ART. 8.- Los delitos pueden ser:

I.- Intencionales;

- (16). "Lineamientos Elementales de Derecho Penal".- Pág. - - 236, ED.- Porrúa, Ed.- Vigésima Edición, México, D.F., 1984.
- (17). "La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal". - Pág. 352. ED.-HERMES, Ed.-3a. corregida y actualizada, Buenos Aires, Argentina, 1959.
- (18). "Derecho Penal, Parte General." Tomo I, pág. 403, ED. Bosch. Ed. Décimosexta edición, Barcelona, 1971.

II.- No intencionales o de imprudencia;

III.- Preterintencionales."

Así mismo, en el artículo subsecuente se determina:

"ART. 9.- Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la Ley.

Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen.

Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquel se produce por imprudencia."

A partir de esta definición, integrada y legitimada por la legislatura de nuestro país, podemos presentar una síntesis de las diferentes posiciones doctrinarias que se han elaborado para encontrar la naturaleza jurídica de las tres formas que puede presentar la culpabilidad; que nos permita comprender y analizar, dentro de dicho marco teórico, las formas de culpabilidad que se pueden presentar en el delito de peligro de contagio.

V.6.1.- D O L O.

a) Para Fernando Castellanos Tena, el dolo "...Consiste en el actuar, conciente y voluntario, dirigido a la

producción de un resultado típico y antijurídico." (19).

Para autores como Edmundo Mezger, "...Actúa dolosamente el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado." (20).

Existen diferentes teorías que tratan de encontrar la naturaleza del dolo, como principal forma de la culpabilidad; cada una de ellas trata de encontrar la naturaleza de dicho concepto alrededor de ideas como la voluntad, la representación, de la vinculación, de la representación y de la voluntad, etc.

Así por ejemplo, la teoría de la voluntad, cuyo primer autor fue Carrara, establece que la naturaleza del dolo es "...la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se conoce contrario a las leyes", (21), de lo cual se desprende que los elementos que integran a dicho dolo son:

- a) Una intención más o menos perfecta de realizar el acto.
- b) Conocimiento de que dicho acto es contrario a -

(19). "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", pág. 239, ED. Porrúa. Ed. Vigésima Edición, México, D.F., 1984.

(20). "Tratado de Derecho Penal", Tomo II, pág. 87, ED. Revista de Derecho Privado, Ed.-Segunda, Madrid, 1935.

(21). Citado por PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General". Pág. 388, ED. Porrúa, Ed.- Octava Edición, México, 1987.

las leyes.

En cuanto a la teoría de la representación, cuyo principal autor es Frank Reinhart, se puede afirmar que -- sustituyendo los conceptos de voluntariedad o intención -- por la previsión y representación, sostiene que, "...Las expresiones doloso e intencional no se identifican, pues -- actuar intencionalmente o de propósito implica dirigir la voluntad a un fin concreto, de lo cual se infiere la imposibilidad de imputar como doloso el resultado producido -- cuando no existió intención de causarlo. De allí que el dolo sea independiente del propósito y por ello la nueva corriente sustituye voluntad por representación haciendo -- consistir ésta en el conocimiento que el sujeto tiene tanto del hecho como de su significación, el cual agota la noción del dolo sin importar la dirección del querer." (22).

Para nosotros, igual que para muchos autores de la Doctrina Penal, el que actúa dolosamente no sólo ha efectuado un ejercicio previo de representación del hecho (a nivel de abstracción), así como de su significación en el ámbito antijurídico, sino además encamina su voluntad, directa o indirectamente a la obtención del resultado. Esta posición doctrinaria; que se le ha dado el nombre de teoría de la representación y de la voluntad en su forma vinculada, --afirma Giuseppe Maggiore--, considera que el sujeto que actúa con dolo, en cualquiera de sus modalidades, prevé y quiere el delito, en la totalidad de sus elementos: --

(22). PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO. "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Pág. 390, Ed. Porrúa, - Ed.-Octava edición, México, D.F., 1987.

acción y resultado, antijuricidad, aunque un conocimiento-lego del mismo, así como la culpabilidad. (23).

De las anteriores posiciones doctrinarias se puede inferir que todas consideran como elementos del dolo a los siguientes conceptos:

- a) Conocimiento, es decir, un elemento intelectual que permite al sujeto activo la representación del hecho, así como su significación en el mundo normativo. Dicho conocimiento puede ser considerado como lego en cuanto a la representación y significación en el campo de la tipicidad, de la antijuricidad, como conciencia de quebrantamiento de un deber impuesto por la norma.
- b) Voluntad como querer ejecutar la conducta y querer o aceptar el resultado.

Cabe destacar que, conforme a esta última posición, Luis Jiménez de Asúa desarrolla su concepto de dolo bajo los siguientes términos: "...el dolo existe cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere oratifica." (24)

(23). Citado por PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General", pág.390-391, ED. Porrúa, Ed.-Octava Edición, México, 1987.

(24). "La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal". - Pág. 352. ED. HERMES, Ed. 3a. Corregida y Actualizada, Buenos Aires Argentina, 1959.

Si respecto a los elementos integrantes del dolo - hay consenso, no sucede lo mismo en tratándose de sus especies, respecto de las cuales un sin número de autores han elaborado una idéntica cantidad de clasificaciones.

Para los fines del ensayo dogmático que nos ocupamos que no es indispensable citar muchas de dichas -- clasificaciones, sino que para efectos prácticos, sólo con sideramos aquellas especies de dolo que se presentan en forma más constante y consistente en la Doctrina del Derecho Penal. Es así como enunciaremos exclusivamente a las especies de dolo directo, dolo eventual y dolo de consecuencia necesaria; dolo genérico, dolo específico y dolo de daño y dolo de peligro.

a.1) "Dolo directo -escribe Fernando Castellanos Tena-. es aquél en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Hay voluntariedad en la con ducta y, querer del resultado." (25).

En el delito de peligro de contagio, que alberga - el artículo 199 Bis, del Código Penal de 1931, se presenta el dolo directo cuando el sujeto infectado de sífilis, SIDA o cualesquiera de las enfermedades venéreas, sabiendo - que padece dicha enfermedad, tiene relaciones sexuales con el sujeto pasivo del ilícito y en consecuencia actúa con - conocimiento de causa -es decir con representación del he...

(25). "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Pág. -- 240, ED. Porrúa. Ed.-Vigésima Edición, México, 1984.

cho típico y con conocimiento de la significación del mismo en el campo antijurídico- y con voluntad; es decir, realiza la conducta queriendo o aceptando que el sujeto pasivo corra el riesgo de ser infectado por la enfermedad venérea que padece.

a.2) El dolo eventual o indirecto se presenta cuando el agente, mediante el ejercicio de la representación - abstracta, prevé como posible un determinado resultado y a pesar de dicha representación no renuncia a la ejecución - de la conducta, aceptando las consecuencias que ésta pueda producir.

Francisco Pavón Vasconcelos, manifiesta al respecto, "...El dolo es eventual (indirecto) cuando en la representación del autor se da como posible un determinado resultado, a pesar de lo cual no se renuncia a la ejecución de la conducta, aceptando las consecuencias de ésta..." (26).

La Doctrina ha establecido que en virtud de que el conocimiento "que tiene el incubo de la existencia de su enfermedad es condición del delito." (27), se dificulta la valoración de la conducta en cuanto al carácter de su culpabilidad, y por lo tanto, se dificulta determinar la existencia e inexistencia del dolo eventual.

(26). PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO. "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General", pág. 396, ED. Porrúa, - Ed. Octava Edición, México, 1989.

(27). GOLDSTEIN, RAUL. "Diccionario de Derecho Penal." "Contagio Venéreo", ED. Bibliográfica Omeba. Ed.- 1962, - Buenos Aires, Argentina.

Nosotros consideramos que sí es posible que se presente el dolo eventual en el delito de peligro de contagio; específicamente en aquella hipótesis en que una prostituta, que quiere el acto sexual y necesita el ingreso pecuniario por su acto carnal, tiene relaciones sexuales con diferentes personas en un mismo día y, casi al finalizar éste, se da cuenta y comprueba que uno de sus clientes padecía alguna enfermedad de tipo venéreo, con esta última acción se -- crea la posibilidad de que ella -también- esté infectada - por dicha enfermedad, sin embargo decide seguir con su acción y terminar el día teniendo más encuentros carnales; - en consecuencia, se crea la posibilidad de que su nuevo -- "cliente" o sus nuevos "clientes" corran el peligro de contagio y acepta como probable el resultado típico, luego en tonces, se presenta el dolo eventual.

a.3) El dolo de consecuencia necesaria, al parecer representa una derivación del dolo directo, y se dá -- cuando el sujeto tiene conciencia de que la conducta necesaria para producir el resultado querido traerá fatalmente otro resultado prohibido. "Por eso, el dolo de consecuencias necesarios no es un dolo eventual, ya que la producción de los efectos no es aleatoria sino irremediable".(28).

En el delito de peligro de contagio es bien claro que se presenta el dolo de consecuencia necesaria, con respecto a el delito de lesiones por contagio venéreo, en virtud de que hemos sostenido, en las referencias temporales exigidas por el tipo penal descritas en el Artículo 199 --

(28) JIMENEZ DE ASUA, LUIS. "La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal." Pág. 366, ED.-Hermes. Ed.-3a. Co--rregida y Actualizada, Buenos Aires, Argentina, 1959.

bis, que el legislador le faltó asesoría en el área de la medicina, ya que el SIDA, la Sífilis o cualquier otra enfermedad de carácter venéreo son infectantes en cualquiera de sus periodos; ya que en la práctica no existe ese "periodo no infectante" que deja ver, entre líneas, el citado artículo. Por lo tanto, en el caso de que un sujeto seropositivo pretenda únicamente "cometer" el ilícito de peligro de contagio, se encontrará que existe un dolo de consecuencia necesaria respecto a las lesiones por contagio venéreo, ya que en este caso la producción de dichos efectos no será aleatoria, sino irremediable.

a.4) Por lo que respecta al dolo genérico y al dolo específico, la doctrina ha establecido que el dolo es genérico cuando la voluntad se dirige a causar un resultado jurídicamente prohibido; en tanto que el dolo específico se presenta cuando la voluntad tiende a conseguir un fin especial, requerido por la ley para distinguirlo de otro tipo de delito; así por ejemplo se habla de homicidio y parricidio. Para autores como Luis Jiménez de Asúa, no puede existir dolo específico, porque no puede existir el mal llamado dolo genérico, en virtud de que toda conducta dolosa, al representarse en relación al tipo y a la antijuridicidad, se adapta necesariamente a un tipo y a su antijuridicidad, en consecuencia se integra, per se, alguna de las formas de culpabilidad. En este sentido sostiene el mencionado autor: "...El mal llamado dolo con intención ulterior -también denominado dolo específico-, que es el que expresa un fin (el rapto es el robo de una mujer, para casarse con ella o para corromperla), así como el animus que ciertos delitos exigen (como el lucrandi en el hurto), no son propiamente dolos con intención ulterior, sino

elementos subjetivos de lo injusto, que ya hemos estudiado al hablar de la tipicidad." (29).

a.5) El dolo de daño y dolo de peligro, "...Consiste el primero-afirma Francisco Pavón Vasconcelos -en el querer causar daño, ya lesionando o destruyendo el bien jurídico contra el que va encaminada la conducta delictiva - del autor. El dolo de peligro es el dolo peculiar de los delitos de peligro, pues en él, el autor quiere la simple amenaza del bien jurídico." (30).

V.6.2.- C U L P A.

La culpa es la segunda forma de culpabilidad que reconoce la dogmática jurídica y el Derecho Penal Positivo Mexicano; en consecuencia, podría afirmarse que la culpa - representa una especie menos grave que el dolo, (y por este hecho se sanciona en una forma más benigna, en comparación con las penas que se aplican a los delitos intencionales); porque en aquella se dá la conducta del agente, sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico.

Afirma Castellanos Tena, "...consideramos que - - existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar - la voluntad a la producción de un resultado típico, pero - éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no po

(29). "La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal", - pág. 366. ED.- Hermes. Ed.- 3a. Corregida y Actualizada, Buenos Aires, Argentina, 1959.

(30). "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General" -- Pág. 399. ED.-Porrúa, Ed.-Octava Edición, México, 1987.

nerse en juego, por negligencia o imprudencia, las caute--
las o precauciones legalmente exigidas." (31).

Jiménez de Asúa dice: "uniendo, como en el concep--
to del dolo, los elementos efectivos de voluntad y repre--
sentación, más el elemento intelectual del deber que se --
desconoce, llegamos a decir que existe culpa cuando se pro--
duce un resultado típicamente antijurídico por falta de --
previsión del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado--
al autor la representación del resultado que sobrevendrá,--
sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sí--
do fundamento decisivo de las actividades del autor, que -
se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ra--
tificarlo." (32).

Para Pavón Vasconcelos, la culpa es: "...aquél re--
sultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, pre--
visto o previsible, derivado de una acción u omisión vo--
luntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes
impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por--
los usos y costumbres." (33).

Son dos las especies de la culpa: La culpa concien--
te, también llamada con previsión o con representación y -
la culpa inconciente denominada también sin previsión o --
sin representación.

(31). "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", pág.247,
ED. Porrúa. Ed. Vigésima Edición, México, D.F.,1984.

(32). "La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal", -
pág. 371-372, ED. Hermes, Ed.- 3a. Corregida y Actua--
lizada, Buenos Aires, Afentina, 1959.

(33). "Manual de Derecho Penal Mexicano" Parte General" pág.
411. ED. Porrúa, Ed. Octava Edición, México, 1987.

Se dice que hay culpa conciente, con previsión o con representación cuando el sujeto prevé como posible un resultado típico y antijurídico, derivado de su conducta, y actúa con la esperanza de que dicho resultado no se produzca.

Hay culpa inconciente, sin representación o sin previsión, cuando el sujeto no previó el resultado previsible de naturaleza típica y antijurídica, teniendo la obligación de preverlo por ser de naturales previsible y evitable.

Dada la prelación lógica que debe existir entre los diversos elementos que integran un ensayo dogmático y que el delito de peligro de contagio que nos ocupa requiere, de acuerdo a su descripción típica, de ese "animus" o dolo directo, derivado del vocablo "sabiendo", consideramos que en el citado delito no es posible que se presente la culpa inconciente, sin representación o sin previsión, ya que solo la presencia de ese "animus" del agente hace que su conducta sea inculpa. En consecuencia al faltar ese animus, o esa circunstancia que hace que el sujeto activo actúe "a sabiendas", lo que integra no es una culpabilidad por falta de previsión, sino una atipicidad por faltar ese elemento subjetivo de lo injusto tipificado.

En virtud de la anterior posición y dado que aceptamos que puede presentarse, en este delito, el dolo eventual, es posible, luego entonces, aceptar que se puede presentar la culpa conciente, con representación o con previsión, con una pequeña variante en nuestro ejemplo de dolo.

eventual, ya que en aquel el sujeto activo acepta como probable el resultado típico y en la culpa conciente, con representación o con previsión se tiene la esperanza que no se presente dicho resultado típico.

Consideremos que ésta es la única hipótesis que se puede presentar de culpa conciente en el delito de peligro de contagio, en virtud de que por la propia naturaleza del ilícito, es decir por el hecho de que se agota o se consuma al integrarse la conducta, (acto sexual) no puede alegarse que una persona que padezca sífilis, SIDA o cualquier enfermedad venérea, actuó con culpa conciente, con representación o con previsión, esperando que el resultado no se produjera, ya que este delito quedó integrado o consumado en el mismo momento en que se tuvo la cópula carnal. Lo que sí podríamos afirmar, y por lo tanto aceptar, es que una conducta culposa, con representación, o con previsión sí se pueda presentar en cuanto al delito de lesiones por contagio venéreo, más no en el delito de peligro de contagio, porque, como ya dijimos, se agota concomitantemente al momento de realizarse la conducta.

V.6.3.- P R E T E R I N T E N C I O N .

La preterintencionalidad, cuya esencia participa de dolo y de la culpa, ha sido concebida como una tercera forma de culpabilidad; en consecuencia, la esencia de la preterintención radica en la producción de un daño mayor al querido y por lo tanto constituye una suma de dolo y --

culpa. (34).

En México Celestino Porte Petit, ha sido uno de -- los precursores y uno de los autores más convencidos de la existencia de esta tercera forma de la culpabilidad, así -- el citado autor sostiene: "El Código Penal Mexicano incluye las tres formas de culpabilidad: el dolo, en el Artículo 7o., la culpa en el 8o. y la preterintencionalidad, ultraintencionalidad o con exceso en el fin, en la fracción-II del Artículo 9o. como tercera forma de culpabilidad, de naturaleza mixta, pero que el Código la regula como dolosa, que equivale a decir que el delito es intencional aunque -- no lo sea." (35).

Consideremos que este tipo de posiciones doctrinarias dieron base o cimentación a las Reformas, (realizadas en 1983 y publicadas en 1984) del Código Penal de 1931, -- ya que en su artículo 8o. se reconoce, expresamente, la -- existencia de preterintención como una tercera forma de -- culpabilidad, y en el artículo 9o. se afirma que la preterintención es una suma de dolo directo o dolo eventual (dolo indirecto) con la presencia de culpa, ya con representación o sin representación.

En México también hay autores, como Fernando Castellanos Tena, e Ignacio Villalobos, entre otros, que rechazan que la preterintención sea la suma de cualesquiera de-

(34). Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO. "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General". Pág. 424-425. ED. Porrúa, Ed. Octava Edición. México, 1987.

(35). "Importancia de la Dogmática Jurídico Penal" Pág. 49-50. ED. Gráfica Panamericana, S. de R.L., Ed. Primera Edición, México, 1954.

las formas de dolo y culpa. (36).

Así por ejemplo, para Fernando Castellanos Tena, - no es posible hablar de una tercera forma de culpabilidad, como lo es la preterintencionalidad, que participe a la -- vez de dolo y culpa, ya que ambas por su propia naturaleza se excluyen; por lo tanto, un delito o se comete mediante dolo o se comete mediante culpa, pero no mediante la coe-- xistencia de las dos formas de culpabilidad a la vez; asimismo, sostiene el citado autor, sólo se puede presentar - la posibilidad que mediante el dolo se dé un resultado mayor al propuesto por el sujeto, y por lo que se refiere a la culpa, también se puede presentar una mayor de lo racionalmente previsible y evitable. (37).

En el caso del delito que está en estudio, es decir, del delito de peligro de contagio, consideremos que - no se puede presentar la preterintencionalidad; es decir, - que con el dolo directo de querer poner al sujeto pasivo - en peligro de contagio no se pueda ocasionar un daño mayor al querido o aceptado ya que, como lo afirmamos anteriormente, el delito de peligro de contagio participa de un - dolo de consecuencia necesaria, es decir, de la presencia del delito de lesiones por contagio venéreo; por lo tanto, la consecuencia necesaria y única que se puede presentar - excluye la posibilidad de que se pueda presentar la preter

(36). CASTELLANOS TENA, FERNANDO. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Pág. 252-253, ED. Porrúa, S.A. Ed. Vigésima Edición. México, D.F., 1984.

(37). "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", pág. -- 252-253. ED. Porrúa, Ed. Vigésima Edición, México, - D.F., 1984.

intencionalidad.

V.7.- I N C U L P A B I L I D A D.

Una conducta típica y antijurídica, ejecutada por un sujeto imputable, puede en última instancia (prelación-lógica) no ser delictuosa por presentarse el aspecto negativo de la culpabilidad; es decir, por presentarse alguna de las hipótesis reconocidas como causas de inculpabilidad.

En este sentido, afirma Fernando Castellanos Tena, se presentará cualquiera de las causas de inculpabilidad - cuando se hayan ausente alguno de los dos elementos sine qua non de la culpabilidad, es decir, si se halla ausente el elemento intelectual o el elemento volitivo. (38).

Hay dos corrientes que tratan de fundamentar las - causas que impiden la configuración del elemento subjetivo del delito; una, que al parecer tiene su origen en la corriente psicologista de la culpabilidad, e s t a b l e - ce como causas de inculpabilidad al error de hecho esencial e invencible, y a la coacción sobre la voluntad, incluyendo en esta causa a la vis moral. La otra corriente, que trata de fundamentar las causas de inculpabilidad, es la corriente normativista y para ella son causa de in-

(38). cfr. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", pág. 237. ED. Porrúa, Ed. Vigésima Edición, México, 1984.

culpabilidad el error y la no exigibilidad de otra conducta. En México el Código Penal adopta una postura ecléctica, ya que acepta como causas de inculpabilidad al error de hecho esencial e invencible, la coacción sobre la voluntad y la no exigibilidad de otra conducta.

a) Error: el "error consiste en una idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación, constituyen do un estado positivo." (39). Por su parte afirma Castellanos Tena: "... El error es un visio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad."(40).

El error se distingue de la ignorancia porque en ésta hay un desconocimiento total respecto de la existencia o sobre el alcance de la ley, mientras que en aquél si hay una apreciación del objeto, cosa o circunstancia, que prevé el tipo penal, aunque esta apreciación sea falsa.

Para efectos de Derecho, por lo menos para el Derecho Positivo Mexicano, los conceptos mencionados tienen diferente cognotación, pues mientras que el error de hecho -- esencial e invencible, de tipo o permisión indirecto, puede dar origen a una inculpabilidad, la ignorancia, considerada como error de derecho o de prohibición o permisión directo, no opera como una circunstancia excluyente de responsabilidad, sino que da origen a una penalidad disminu-

(39) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General". pag. 433; ED.-Porrua; Ed.- Octava edición, México 1987.

(40) "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", pag. - 259, ED.- Porrua, Ed.- Vigésima edición, México 1984.

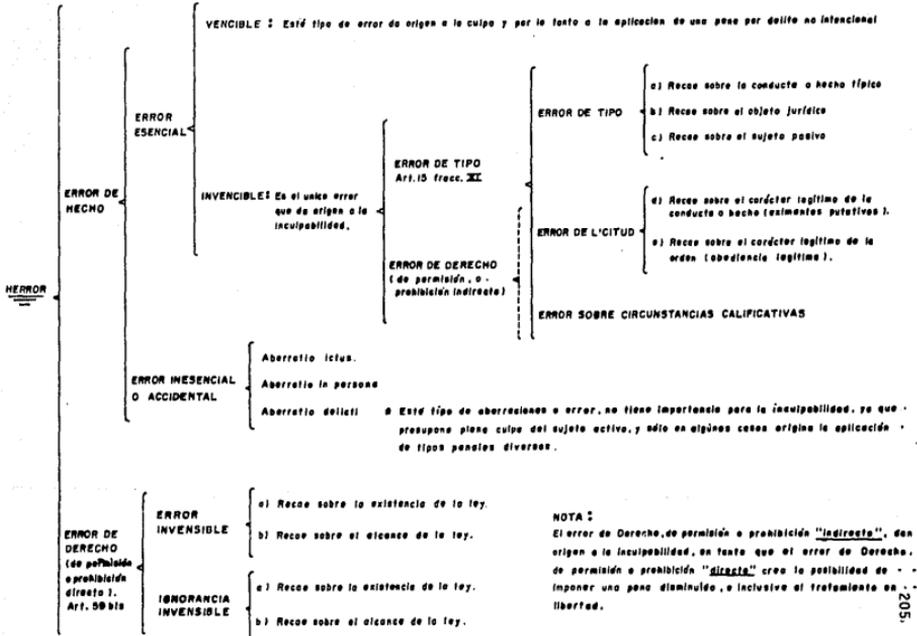
da en virtud de que el juzgador tiene todas las facultades para imponer una pena atenuada o incluso para decretar un tratamiento en libertad, tal y como se desprende de las hipótesis que contiene el artículo 59 bis del Reformado Código Penal Mexicano de 1931.

En consecuencia, para la doctrina el error se divide en error de hecho y error de derecho -al que hemos denominado también como error de prohibición o permisión-; el error de hecho se subdivide a la vez en error de hecho - esencial e invencible y error de hecho accidental, el cual se integra a su vez, por el aberratio ictus, el aberratio in personam y el aberratio delicti.

El error accidental, al igual que el error de derecho o de permisión directo-por error o ignorancia- no tiene relevancia como aspecto negativo de la culpabilidad, -- sin embargo, mientras que el error accidental deja intacto el concepto de inculpabilidad, el error de derecho directo, como ya afirmamos, puede dar origen a la aplicación disminuida de la penalidad.

Para comprender, en su real dimensión, el error y sus diferentes manifestaciones, consideramos de gran utilidad el esquema trazado de la siguiente manera. (Ver Cuadro No. 1).

Como puede observarse del cuadro antes citado y de la fracción XI, del artículo 15 del Código Penal vigente, - que a la letra dice:



"ART. 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

FRACC. XI.- Realizar la acción y omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta.

No se excluye la responsabilidad si el error es invencible."

Únicamente es causa de inculpabilidad el error de hecho, si éste es esencial y de carácter invencible, porque de ser vencible subsiste el carácter delictuoso de la conducta a título de culpa.

Por lo tanto, tal y como ya se afirmó, solo el error de hecho, esencial e invencible produce inculpabilidad, ya que dicho error puede ser por una idea falsa o desvirtuada sobre alguno de los elementos constitutivos del delito o de la licitud del tipo penal, o sobre alguna circunstancia agravante de penalidad, en los delitos calificados.

El error de tipo se presenta cuando el sujeto activo cree que con su conducta no se configuran los elementos esenciales que integran la descripción legal -- en esta clase de error podemos englobar a la idea falsa -- que se puede tener sobre la conducta o el hecho tipificado; al error sobre el objeto jurídico y la idea desvirtuada que podamos tener sobre el sujeto pasivo.

En el error de licitud, en su doble carácter, de error de tipo o error de Derecho, de prohibición o permisión indirecto, el sujeto activo está consciente de la tipicidad de su conducta, pero cree, por un lado, estar protegido por una causa de licitud, y por otro que en su conducta no se presentan las circunstancias calificativas que integran al tipo penal. Cuando el sujeto considera que su conducta está amparada por una causa de licitud y por lo tanto está conforme a Derecho se crean las eximentes putativas, las cuales pueden ser de igual número como causas de justificación se reconozcan, sobre el respecto afirma Francisco Pavón Vasconcelos, "...Sirven de gufa, para encontrar el concepto de cada una de tales eximentes, los propios elementos constituidos de las causas de justificación, a las cuales se agrega el error esencial e invencible en que se encuentra el autor del hecho."

b) Coacción sobre la voluntad, también denominada vis compulsiva. Para algunos penalistas obra inculpablemente el que ejecuta una conducta típica bajo la amenaza de un mal inevitable, grave e inminente, siempre y cuando conserve las facultades de juicio y decisión; en otros términos, la inculpabilidad se presenta cuando la fuerza moral solo afecta pero no elimina el elemento volitivo del hecho enjuiciado, respecto a la licitud de su conducta y del resultado causal de ésta." (41).

De conformidad con lo anterior, en México sostienen algunos tratadistas, como Fernando Castellanos Tena, --

(41). "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General".- Pág. 442. ED. Porrúa, S. A., Ed.- Octava edición, - México, 1987.

que el temor fundado e irresistible de un mal inminente y -- grave en bienes jurídicos propios o ajenos, a que se refiere la segunda hipótesis de la fracción VI del artículo 15- de nuestro Código Penal, constituye una verdadera causa de inculpabilidad por coacción sobre la voluntad. De esta -- forma, afirma el mencionado autor que "...Puede conside-- rarse esta eximente legal como una causa de inculpabi- lidad por coacción sobre la voluntad, siempre y cuando no- la anule en el sujeto, sino le conserve las facultades de- juicio y decisión, de tal manera que pueda determinarse en presencia de una seria amenaza." (42).

En consecuencia afirmamos que, por lo que respecta al delito de peligro de contagio, el temor fundado e irre- sistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos - propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practi- cable y menos perjudicial al alcance del agente, puede pre- sentarse y coaccionar la voluntad del agente, y en conse- cuencia funcionar como aspecto negativo del elemento subje- tivo del delito en estudio, ya como temor fundado o como - no exigibilidad de otra conducta, en virtud de que el Esta- do no puede esperar o exigir otra conducta que implique, - al actor, un acto de sacrificio o de heroísmo. En este sentido afirma Francisco Pavón Vasconcelos "c)(sic), La operancia- del temor fundado e irresistible (vis compulsiva) fundamén- tase en la coacción moral ejercida sobre el sujeto, median- te la amenaza de un peligro real, actual e inminente, si- guiendo el principio de que el violentado no obra, sino --

(42). "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Pág. -- 270. ED. Porrúa, S. A., Ed.- Octava Edición, México, 1987.

quien violenta. La voluntad viciada, que impone al sujeto la comisión del hecho como consecuencia del mal que amenaza, hace desaparecer la culpabilidad, lo cual supone la --realización de una conducta típica y antijurídica. Se trata de una auténtica "no exigibilidad", reconocida por el -Derecho Positivo, en que al sujeto no puede imponérsele el deber de su propio sacrificio." (43).

De la misma manera, el citado autor reconoce como-"auténticos casos de no exigibilidad de otra conducta", el estado de necesidad, la coacción o violencia moral (vis compulsiva), también denominado temor fundado e irresistible- y el encubrimiento de parientes.

*

(43). "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General". - Pág. 447, ED. Porrúa, Ed.- Octava Edición, México, - 1987.

VI.- LA PUNIBILIDAD Y SUS EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

VI.1.- BREVE REFERENCIA A LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Imprecisa es aún en la teoría la naturaleza jurídica de las llamadas condiciones objetivas de punibilidad. En la doctrina, al tratar de precisarla, se han elaborado un gran número de opiniones, sin embargo todas en su esencia parecen girar en torno a dos criterios perfectamente polarizados. Una posición, por ejemplo, sostiene que dichas condiciones son un elemento esencial del ilícito penal; en cambio la otra posición estima que la esencia de dichas condiciones, al afectar exclusivamente la aplicación de la pena, no afectan en nada a la integración del delito, por lo tanto, no toma el carácter de elemento esencial del mismo.

De igual manera que se discute sobre la naturaleza jurídica de dichas condiciones, en cuanto al papel que juegan en la integración del ilícito penal, tampoco existe acuerdo en cuanto a la función que desempeña dentro del delito, ya que autores como Guillermo Colín Sánchez, las consideran, o por lo menos así las llaman, como cuestiones prejudiciales, condiciones objetivas de punibilidad, requisitos de procedibilidad, etc. (1).

En torno a esta materia nos parece acertado el pen

(1). Citado por CASTELLANOS TENA, FERNANDO. "Lineamientos-Elementales de Derecho Penal", pág. 276, ED. Porrúa, Ed. Octava Edición. México, 1987.

samiento de Raúl Carrancá y Trujillo, ya que califica a -- las condiciones de punibilidad como circunstancias "...en las que a pesar de subsistir la antijuridicidad y la culpa bilidad queda excluida desde el primer momento la posibilidad de imponer la pena al autor (Kohler)..." (2).

Por su parte Ignacio Villalobos, al tratar el tema, refuta a aquéllos autores que consideran que las condiciones objetivas de punibilidad son elementos esenciales en la integración del delito, no obstante su carácter accidental; en consecuencia, afirma el citado jurista mexicano -- que... "Esencia es necesidad; es no poder faltar en un solo individuo de la especie sin que éste deje de pertenecer a ella; por lo mismo, tener como esenciales estas condiciones de ocasión, que con más frecuencia faltan que concurren en los delitos, sólo se explica como efecto de un perjuicio arraigado." (3).

Por su parte Fernando Castellanos Tena, reafirmando las posiciones adoptadas por Edmundo Mezger e Ignacio Villalobos, sostiene: "...Las condiciones objetivas de punibilidad tampoco son elementos esenciales del delito. Si los contiene la descripción legal, se tratará de caracteres o partes del tipo; si faltan en él, entonces constituirán meros requisitos ocasionales y, por ende, accesorios, fortuitos." (4).

(2). "Derecho Penal Mexicano. Parte General". pág. 651. ED. Porrúa, Ed. Décimoquinta, México, 1986.

(3). "Derecho Penal Mexicano. Parte General", pág. 214. ED. Porrúa. Ed. Cuarta Edición. México, 1983.

(4). "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". pág. 276. ED. Porrúa, Ed. Vigésima edición, México, 1984.

Acordes con la posición doctrinaria de los tres juristas citados, pensamos que las condiciones objetivas de punibilidad sólo tienen relevancia en el campo de la punición siendo por lo tanto intrascendente para la configuración estructural del ilícito penal, el cual, como anteriormente lo afirmamos, estriba en una conducta o hecho, típico, antifurídico, culpable, (ésta última teniendo como presupuesto a la imputabilidad) y punible.

Por otro lado, pensamos que, dada la redacción típica del artículo 199 bis, en el delito de peligro de contagio, en su parte in fine, se presenta una de las hipótesis de condiciones objetivas de punibilidad y que por estar textualmente incluida en el tipo de conformidad a la posición teórica definida por Castellanos Tena, Edmundo -- Mezger e Ignacio Villalobos, viene siendo carácter o parte del tipo; y para los fines del Derecho Procesal Penal le podríamos denominar requisito de procedibilidad, en función de que sólo se procederá a la imposición de la pena, en tratándose de cónyuges, si el cónyuge ofendido presenta su querrela.

VI.2.- LA PUNIBILIDAD; SU NATURALEZA.

En torno a la esencia jurídica de la punibilidad, tampoco está ausente la polémica; hay al respecto dos importantes corrientes de opinión:

La primera considera a la punibilidad como elemento esencial del ilícito penal.

La segunda establece que dicha punibilidad es tan sólo una consecuencia lógica del proceder típico.

Entre los defensores de la primera posición dogmática podemos encontrar a autores como Frank Von Liszt; Bettiol, Cuello Calón, Jiménez de Asúa, Pavón Vasconcelos y en alguna época a Celestino Porte Petit . (5).

Así por ejemplo, Jiménez de Asúa asienta: "...Como se ve, lo que, en último término caracteriza al delito es ser punible. Por ende, la punibilidad es el carácter específico del crimen. En efecto: acto es toda conducta humana; típica es, en cierto modo toda acción que se ha de finido en la Ley, para sacar de ella consecuencias jurídicas, (...). Sólo es delito el hecho humano que al describirse en la Ley recibe una pena." (6).

De opinión contraria, a la corriente anteriormente enunciada, es la que defienden autores como Beling, Rodríguez Muñoz, Sebastian Soier, Fernando Castellanos Tena, Ignacio Villalobos y últimamente Celestino Porte Petit C. (7)

En este sentido, afirma Ignacio Villalobos, la pena no es sino la reacción de la sociedad, (del Estado) o el -

- (5). Cfr. PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. "Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General". pág. 453-458. ED. Porrúa. Ed. Octava Edición. México, 1987.
- (6). "La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal". -- pág. 426. ED. HERMES, Ed. 3a. Corregida y Actualizada, Buenos Aires, Argentina, 1959.
- (7). Cfr. CASTELLANOS TENA, FERNANDO. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", pág. 275-276, ED. Porrúa, Ed. Vigésima Edición. México, 1984.

medio de que este se vale para tratar de reprimir los delitos, en consecuencia al ser algo externo al delito no es sino su consecuencia ordinaria; así mismo, sostiene que: - "...un acto es punible porque es delito; pero no es delito porque es punible." (8).

Nosotros pensamos que la punibilidad no debe ser considerada tan sólo como una consecuencia lógica de la conducta o hecho típico, por lo tanto, le damos el valor de un elemento esencial o específico del ilícito penal.

Si consideramos que hemos dicho que elemento es esencia y por consecuencia parte integrante del todo, y que acorde con esta distinción Villalobos afirma que "esencia es necesidad; es no poder faltar en uno solo de los individuos de la especie sin que este deje de pertenecer a ella", luego entonces la punibilidad no es solo una consecuencia del delito sino parte integrante de esa esencia, ya que es imposible concebir que la sociedad, o el Estado, considere una conducta o hecho típico como delito, si no trae aparejada una sanción penal.

"Es innegable que el ordenamiento jurídico, integrante del Derecho Penal, se forma con distintas clases de normas: unas describen conductas o hechos a las cuales se asocia la amenaza de una sanción penal (pena), mientras otras establecen prevenciones generales tendientes a la aplicación de las primeras. Estas crean delitos y se -

(8). "Derecho Penal Mexicano. Parte General". Pág. 212, ED. Porrúa, S. A., Ed.- Cuarta Edición.- México, 1983

integran mediante el precepto y la sanción. A través del precepto se dirige un mandato o una prohibición a los particulares destinatarios de ellas, estatuyéndose deberes de obrar o abstenerse cuya exigencia es posible en virtud de la coacción derivada de la sanción integrante de las normas de este tipo. La obligación jurídica de cumplir con el deber impuesto, sólo es debida a la amenaza de sanción que a la conducta contraria impone la propia norma. Por esta razón, como hemos venido sosteniendo en la cátedra -- con absoluto convencimiento, la norma que pretende imponer una obligación, a través de un mandato o una prohibición, sin ligar a ellas la amenaza de una pena (sanción penal), pierde su eficacia y se convierte en una norma puramente declarativa." (9).

VI.3.- LA PUNIBILIDAD EN EL DELITO DE PELIGRO DE CONTAGIO.

Las consecuencias de una conducta antijurídica, en última instancia puede ser del orden civil o del orden penal, incluso pueden ser la conjugación de ambos, en tanto que se condene al sujeto activo del ilícito al pago de una indemnización y/o a la imposición de una sanción de fin de pena. (En virtud de que la aplicación de una no implica la eliminación o exclusión de la otra). (10).

Es en este último sentido sobre el cual gira el --

- (9). PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. "Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 457. ED. Porrúa, Ed. Octava edición, México, 1987.
- (10). Cfr. JIMENEZ DE AZUA, LUIS. "La Ley el Delito. Principios de Derecho Penal". .pág. 426. ED. HERMES. Ed. 3a. Corregida y Actualizada, Buenos Aires, Argentina, - 1959.

criterio regulador que dió fundamento al legislador para redactar el Código Penal Mexicano, ya que en él se previenen tanto las indemnizaciones como la imposición de sanciones penales; así por ejemplo en el artículo 394 del Código Penal vigente se establece: "La reparación del daño por los delitos previstos en este capítulo no forman parte de la sanción penal, sino que se regulará en el concurso mercantil de acreedores." (11).

Por lo que respecta a la punibilidad en el delito de peligro de contagio, se puede apreciar que el legislador quiso que dicha conducta se sancionara, exclusivamente, con una sanción de tipo penal, ya que en el cuerpo del citado artículo se establece que los infractores al mismo serán sancionados con una pena acumulativa de privación de la libertad, que va desde un día, hasta tres años de prisión, y una multa de índole pecuniaria que oscila desde un peso hasta tres mil pesos, cantidades que deberán ser determinadas de acuerdo al libre arbitrio del juzgador, pero siempre teniendo en cuenta los criterios establecidos en el artículo 52 del Código Penal vigente.

Por otro lado, en el último párrafo del citado precepto se establece: que las sanciones del citado artículo se aplicarán "...sin perjuicio de la pena que corresponda si se causa el contagio", y en consecuencia se aplica erróneamente el criterio de acumulación material de penas que se ha establecido en la teoría; y decimos que se aplica -

(11). Cfr. Artículo 394, Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal.

erróneamente porque el sistema de acumulación material (no así el sistema de absorción y el de acumulación jurídica)- (12), es un sistema aplicable al concurso real o material, en tanto que el concurso que se presenta en el artículo 199 bis, es de carácter ideal o formal, y su forma de punición, de conformidad al artículo 69 del Código Penal vigente, no permite la acumulación material de sanciones.

Para reafirmar nuestra posición, podemos decir que si hacemos un breve análisis de la conducta del sujeto activo, claramente se puede observar que al realizar el acto sexual se realiza una sola conducta y con ella se pueden viciar o cometer varios delitos, el peligro de contagio y el de lesiones por contagio venéreo, en consecuencia se presenta el concurso ideal o formal, que de acuerdo a la teoría y al primer párrafo del artículo 64 del Código Punitivo debería ser sancionada con la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se debería aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración, sin que pueda exceder de cuarenta años, tal y como lo señala el título segundo, del libro primero del Código Penal.

Autores como Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, han manifestado al respecto, que la acumulación de las penas exigidas en la redacción del artículo en estudio, representa un craso error en técnica penal, ya que: "...dado que se trata, en el caso, de un delito de lesiones consumada y el contagio venéreo, no habrá sido --

(12). Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO. "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General". Pág. 530-534. ED. Porrúa, Ed. Octava edición, México, 1987.

más que el medio operatorio para causarlo, por lo que se consume en el resultado." (13).

VI.4.- EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

"En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena, constituyen el factor negativo de la punibilidad. Son aquéllas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impide la aplicación de la pena. El Estado no sanciona de terminadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales -- del delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) permanecen inalterables sólo se excluye la posibilidad de punición." (14).

De entre las excusas absolutorias que enumera nuestro Código Penal vigente, encontramos a aquélla que se esgrime en razón de mínima temibilidad (art. 375); excusa en razón de la maternidad consciente (art. 333); excusa por no exigibilidad de otra conducta (art. 151); parte infine de la fracción II del art. 280; parte in fine de la fracción IV del art. 247; y excusa en razón de graves consecuencias sufridas (art. 55). (15).

- (13). "Código Penal Anotado".- Pág. 488, ED.- Porrúa, S. - A.- Ed.- Décimasegunda edición, México, D. F., - - 1986.
- (14). CASTELLANOS TENA, FERNANDO. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", pág. 277, ED. Porrúa, Ed. Vigésima edición, México, 1984.
- (15). Cfr. CASTELLANOS TENA, FERNANDO. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". pags. 277 a 279, ED.-Porrúa, -- Ed.- Vigésima edición, México 1984.

De las anteriores excusas absolutorias, contenidas en nuestro Código Penal, consideramos que ninguna, hasta - antes de la aparición del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida como enfermedad (por lo menos hasta el presente momento) letal en un 100% para el individuo contagiado, --- servía de base al juzgador para otorgar una excusa absoluta, por el delito de peligro de contagio o aún para los individuos acusados de lesiones provocadas por contagio venéreo; sin embargo, dadas las características que presenta la evolución del SIDA, consideramos que para el sujeto activo, por estar condenado a morir en forma irremediable, - es innecesario, inhumano e irracional dictarle la imposición de una pena privativa de la libertad por sufrir graves consecuencias en su persona, sin que ello implique la imposibilidad de aplicarle una medida de seguridad de las consignadas en el artículo 24 del Código Penal y del artículo 404 de la Ley General de Salud, relativas a las medidas de seguridad sanitarias aplicables a aquéllos individuos contaminados-contagiantes que padecen tal deficiencia inmunológica.

VII.- LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y EL DELITO DE PELIGRO DE CONTAGIO.

VII.1.- NATURALEZA DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.

La naturaleza jurídica de las medidas de seguridad es aún muy discutida dentro de la doctrina penal, y dentro de ella intervienen fenómenos de diversa especie; así por ejemplo el aspecto más importante y trascendental que se discute es aquél que determina que, a la fecha, no se ha delimitado claramente las fronteras o los límites y alcances entre las penas y las medidas de seguridad.

En este sentido, autores como Francisco Antolisei y Felipe Grispin; (1), afirman que al tratar de identificar y demarcar los límites de los diversos conceptos que se tratan de esclarecer, la presencia de los fines de las penas y las medidas de seguridad hacen que esta tarea se complique, en virtud de que dichos fines, tanto de las penas como de las medidas de seguridad, se identifican, es decir, los fines que buscan, unas y otras, son de idéntica naturaleza.

Giuseppe Maggiore, al abordar este tema, realiza un importante ejercicio intelectual para tratar de aportar elementos de análisis que permitan esclarecer la problemática en cuestión, consistente fundamentalmente en desligar o aislar los fines de las penas de los fines de las medi--

(1). Cfr. CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. "Derecho Penal Mexicano, Parte General", pág. 688. ED. Porrúa, Ed. Décimo -- quinta edición, México 1986.

das de seguridad, en consecuencia sostiene el citado autor: "...Para la pena, existir significa permanecer ligada al principio de retribución; para ésta, existir quiere decir quedar incontaminada de todo elemento extraño, como la defensa, la prevención y la enmienda." (2)

Acordes con el mencionado penalista queremos hacer la siguiente acotación: En derecho penal no es conveniente tener los conceptos que lo integran como fórmulas de valor absoluto, sino que al ser partes integrantes de las --ciencias sociales y de la vida dinámica del Derecho, tales conceptos deben tener valores relativos, en consecuencia, -- las afirmaciones que parecieran absolutas son sólo herramientas o instrumentos metodológicos y pedagógicos para -- comprender la esencia misma de los fenómenos que se tratan de analizar.

Así lo entendieron Frank Von Liszt y Maggiore, ya que al atribuirle a la pena el fin último de retribución, -- expiación o represión no dejan de reconocer que la pena -- -- así lo sostiene Maggiore -- puede producir otros efectos como la intimidación, la defensa, la prevención y la corrección (3); en tanto que para Liszt los fines de la pena pueden participar de los fines de las medidas de seguridad -- no como resultados o efectos en sí mismos, sino como fines coexistentes de ambas sanciones; "...La pena y la medida -- de seguridad son como dos círculos secantes: la pura pena y la pura medida de seguridad se distinguen claramente. Pe

(2). "Derecho Penal", Vol. II, pág. 400, Ed. TEMIS, Ed. -- Quinta edición Bogotá, 1951-1952.

(3). "Derecho Penal", Vol. II, pág. 400, Ed. TEMIS, Ed. -- Quinta edición. Bogotá, 1951-1952.

ro hay una parte en que se entrecruzan y confunden. Esa parte secante de los círculos, es precisamente esta medida que tomamos contra las habituales y que participan de la pena y del medio asegurativo." (4).

En este sentido nosotros entendemos que, ya como resultados accesorios ya como círculos secantes, las penas y las medidas de seguridad convergen, algunas veces, en el tiempo y el espacio en cuanto a sus fines, lo cual no implica, necesariamente, que sean absolutamente idénticas ya que sus fines centrales, en esencia, si son divergentes.

La anterior forma de conceptualizar la diferencia, existente entre las penas y las medidas de seguridad, es compartida por una gran parte de los autores de la doctrina penal; autores como Maggiore, Jiménez de Asúa, Cuello - Calón y Mezger en el plano Internacional y en México autores como Castellanos Tena, Ignacio Villalobos y Carrancá y Trujillo aceptan la diferencia de fines que persiguen las penas y las medidas de seguridad.

En cuanto a los fines que persiguen las penas, todos los autores señalados convergen al sostener que la pena persigue las siguientes finalidades:

I.- Dado un determinado delito o conducta criminosa:

a) Se impone post-delictum.

(4). Citado por JIMENEZ DE ASUA, LUIS. "El Criminalista", - Tomo III, p. 218, ED. VICTOR P. DE ZAVALA. Ed. Buenos Aires, Argentina, 1960.

- b) Es una sanción represiva y/o retributiva e intimidatoria.
- c) Se aplica por justa punición, retribución o castigo.
- d) Se impone a hombres en función a su culpabilidad y su imputabilidad.

En cuanto a la naturaleza o finalidad de las medidas de seguridad, aunque hay consenso, parece presentarse algunas pequeñas diferencias entre los autores mencionados, así por ejemplo mientras que para Giuseppe Maggiore, Eugenio Cuello Calón y Edmundo Mezger, las medidas de seguridad deben de imponerse después de la ejecución de un delito, para autores como Jiménez de Asúa y Raúl Carranca y Trujillo las medidas de seguridad responden a un fin de seguridad extra penal, es decir se imponen por causas distintas a una conducta delictiva.

Otra de las diferencias que se logran observar, al analizar las posiciones doctrinales de estos teóricos, nos llevan a afirmar que mientras para Guispe Maggiore las medidas de seguridad sólo se deben de imponer a personas privadas de la libertad, a inimputables e inculpables; para los restantes penalistas, es decir para Luis Jiménez de Asúa, Eugenio Cuello Calón, Edmundo Mezger, Ignacio Villalobos y Raúl Carranca y Trujillo, las medidas de seguridad se deben de imponer en función directa a la peligrosidad del agente, independientemente de que sean capaces o inca-

paces, así como a los delincuentes habituales. (5).

En síntesis, nosotros afirmamos que la naturaleza o los fines y características de las medidas de seguridad pueden ser las siguientes:

I.- Se deben de imponer dado un determinado delito o conducta criminosa.

a) Es una medida de prevención de conductas delictivas futuras.

b) Es una defensa para salvaguardar a la sociedad de futuros e inminentes males.

c) No se aplica como retribución, por lo tanto no pretende ser un mal o castigo para quien se impone.

d) Se imponen en función de la peligrosidad del agente, independientemente de que sean culpables o imputables, así como a los delincuentes habituales.

...

(5). Cfr. MAGGIORE, GIUSEPPE. "Derecho Penal", Vol. II, pag. 400 y sigs. ED. TEMIS, Ed. Quinta Edición, Bogotá - 1951-1952; JIMENEZ DE ASUA, LUIS. "El Criminalista - III", pags. 214-215; ED. VICTOR P. DE ZAVALA, Ed. Buenos Aires, 1960; CUELLO CALON, EUGENIO "Derecho Penal. Parte General" Tcmo I, pág. 590-593, ED. Nacional, Ed. Novena, México, 1953 y ED. Rosch, Ed. Décimosexta, Barcelona 1973; CASTELLANOS TENA, FERNANDO "Lineamientos Elementales de Derecho Penal" pág. 318, ED. Porrúa, - Ed. Vigésima edición, México, D.F. 1984; CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL "Derecho Penal Mexicano. Parte General" pág. 688, ED. Porrúa, Ed. Décimoquinta edición, México, 1966.

VII.2.- CLASIFICACION DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.

Autores como Estéban Righí han sostenido que bajo el término de medidas de seguridad se pueden incluir medidas tan extremas como la reclusión o tan simples como una cuarentena sanitaria. (6)

En este sentido, y acorde con nuestra posición metodológica, nos pronunciamos por aceptar que las medidas de seguridad pueden ir desde la reclusión hasta una simple orden de cuarentena sanitaria; sin embargo habría que aclarar que para que esta última medida no se mezcle o se confunda con una simple sanción administrativa, habría que -- complementar que cuando se impone en razón de una conducta delictiva -post delictual- alcanzar el rango de medida de seguridad, propiamente dicha; en cambio si su imposición no deviene en razón de una conducta ilícita, sino que se aplica única y exclusivamente por razones sanitarias, luego entonces tan sólo tendrá el carácter de medida administrativa.

Con respecto a este punto tampoco hay acuerdo general entre todos los autores que hasta el momento hemos citado, sin embargo se reconocen como puntos de discusión -- las siguientes diferencias entre las medidas de seguridad y las medidas administrativas de policía.

"1.- Que las medidas de seguridad, aún teniendo de

(6). "Revista Mexicana de Justicia No. 1; Vol. I, enero-marzo de 1983". Pág. 223. ED.- P.G.R.; PG.J. del -- Distrito Federal, e Instituto Nacional de Ciencias Penales, Ed. México, 1983.

común con las medidas ordinarias de policía el carácter preventivo, se distinguen de éstas por intervenir después de un delito efectuado (postquam peccatum est.), mientras que las segundas obran antes de efectuarse el delito.

2.- Que las medidas de seguridad son medios de prevención criminal, es decir, de prevención de delitos, pero sin que el delito al cual se ligan deba ser necesariamente cometido por personas imputables y responsables; mientras que las providencias de policía son medios de prevención general, esto es, no de delito solamente, sino de todo hecho perjudicial, de cualquier clase que sea, debido a obra del hombre o fuerza inanimada.

3.- Que mientras las medidas de seguridad se hayan en relación necesaria con las sanciones penales, las otras medidas no se hayan en ninguna relación necesaria con delitos o con penas.

4.- Que las medidas de seguridad son de competencia exclusiva de la autoridad judicial penal, mientras las otras caen bajo la competencia de las autoridades de seguridad pública. (7)

De la anterior posición teórica consideramos que el elemento "sine qua non" para considerar la diferencia existente entre medidas de seguridad y medidas administrativas está representado por el hecho de que las primeras -

(7). MAGGIORE, GIUSEPPE. "Derecho Penal" Vol. II, pág. 405, ED. TEMIS, Ed.- Quinta edición, Bogotá 1951-1952.

se aplican post delictum, es decir, que tienen una estrecha relación con las sanciones penales; en tanto que las segundas, aunque de hecho puedan tener la misma envergadura no devienen de una conducta delictiva. Ejemplo claro de esta última posición se puede observar cuando se impone una simple cuarentena o aislamiento por razón de una conducta ilícita, y cuando esa misma cuarentena o aislamiento es impuesta por una autoridad administrativa como una medida sanitaria para prevenir posibles males a la sociedad.

Entendida así la naturaleza dual de las medidas adoptadas para prevenir los delitos, ya sea que se impongan después de consumados éstos o que se decreten antes de que se cometa alguno, podemos afirmar que dicha dualidad es reconocida parcialmente en nuestra realidad jurídica, y decimos que sólo parcialmente por la siguiente razón:

a) Mientras que en el Código Penal Mexicano, en su artículo 24, fracción III se reconoce como medida de seguridad, post delictual, el internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópico, también se reconoce como medida administrativa dictada por la autoridad sanitaria, en este caso por la Secretaría de Salud, (en virtud de que en la Ley General de Salud, en su Título Tercero, Capítulo VII, Artículos 74, 75 y 76 se regula el internamiento de inimputables y el tratamiento de personas que usan habitualmente estupefacientes o sustancias psicotrópicas, en establecimientos destinados al efecto).

b) En cambio sólo se reconocen como medidas de se

guridad (entiéndase administrativas) aquéllos medios como el aislamiento, la cuarentena y la observación personal, - que se regulan en las tres primeras fracciones del Artículo 404, Título décimo octavo, capítulo I, intitulado "Medidas de Seguridad".

En este sentido, y en relación con lo que hasta este momento hemos expuesto, consideramos que en este tipo de medios asegurativos, que reconoce la Ley General de Salud, no se da la coexistencia o dualidad entre éstas y las medidas de seguridad propiamente dichas, (en virtud de que en el Código Penal vigente no se hace alusión a ello, ni en el capítulo de las penas y medidas de seguridad, ni aún en el delito de peligro de contagio) aún y a pesar de que tanto el aislamiento, la cuarentena y la observación personal pueden ser consideradas como medida de seguridad, - en el estricto sentido de la palabra- si se aplican como resultado de un delito, y en especial de un delito de peligro de contagio, y de que son medios idóneos para prevenir conductas ilícitas y que mediante ellas se salvaguarda a la sociedad de futuros e inminentes males.

Haciendo un análisis comparativo entre la técnica-jurídica aplicada en la redacción de la fracción III del Artículo 24 del Código Penal vigente y de los Artículos 74, 75 y 76 de la Ley General de Salud, con la técnica utilizada para legitimar las medidas como el aislamiento, la cuarentena o la observación personal, nosotros consideramos - que al legislador le faltó visión para correlacionar adecuadamente el Artículo 402 de la Ley General de Salud con el Artículo 24 o el Artículo 199 Bis del código citado, en

virtud de que éstos, en ningún momento hacen alusión a la cuarentena, o al aislamiento -post delictual- como una medida de seguridad, en cambio la Ley General de Salud sí hace alusión a esa posible dualidad de los medios sanitarios utilizados para la prevención de males futuros a la sociedad. En este sentido el Artículo 402 de la citada Ley sostiene:

"ART. 402.- Se consideran medidas de seguridad, -aquellas disposiciones de inmediata ejecución que dicte la autoridad sanitaria competente, de conformidad con los preceptos de esta Ley y demás disposiciones aplicables, para proteger la salud de la población. Las medidas de seguridad se aplicarán sin perjuicio de las sanciones que, en su caso correspondan."

Precepto jurídico que en su último párrafo nos deja entrever la posibilidad de que la autoridad judicial, -puede aplicar alguna sanción (pena o medida de seguridad)- como consecuencia de alguna conducta delictiva; situación que corrobora la naturaleza dual que la Ley General de Salud reconoce en las medidas de seguridad.

Son medidas de seguridad, previstas en el Artículo 24 del Código Penal Mexicano, las siguientes:

- a) Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicótrópicos

- b) Confinamiento.
- c) Prohibición de ir a lugar determinado.
- d) Decomiso de instrumentos, objetos y productos - del delito.
- e) Amonestación.
- f) Apercibimiento.
- g) Caucción de no ofender.
- h) Suspensión o privación de derechos.
- i) Vigilancia especial de sentencia.
- j) Suspensión o disolución de sociedades.
- k) Medidas tutelares para menores.

En este sentido los autores Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas han afirmado que sólo el internamiento o tratamiento en libertad y las medidas tutelares para menores son verdaderas medidas de seguridad, en tanto que las demás fracciones que aquí se han apuntado tienen - el carácter mixto de ser pena y medida de seguridad a la vez. (8).

En tanto que son medidas de seguridad sanitarias, - (medidas administrativas) contenidas en la Ley General de Salud, las siguientes:

(8). "Código Penal Anotado", pág. 142-143, ED. Porrúa, Ed. Décima segunda, México, 1986.

CAPITULO I
Medidas de Seguridad

"ARTICULO 404.- Son medidas de seguridad sanitaria las siguientes:

- I.- El aislamiento;
- II.- La cuarentena;
- III.- La observación personal;
- IV.- La vacunación de personas;
- V.- La vacunación de animales;
- VI.- La destrucción o control de insectos u otra fauna; transmisora y nociva;
- VII.- La suspensión de trabajos o servicios;
- VIII.- La suspensión de mensajes publicitarios en materia de salud;
- IX.- La emisión de mensajes publicitarios que advierta peligro de daño a la salud;
- X.- El aseguramiento y destrucción de objetos, productos y sustancias;
- XI.- La desocupación o desalojo de casas, edificios, establecimientos y, en general, de cualquier predio;
- XII.- La prohibición de actos de uso, y
- XIII.- Las demás de índole sanitario que determinen las autoridades sanitarias competentes, que pueden evitar que se causen o continúen causando riesgos o daños a la salud.

Es importante hacer la observación que de acuerdo a la dualidad de las medidas de seguridad, posición que hemos adoptado, las tres primeras fracciones que citamos pueden ser medios idóneos para prevenir a la sociedad de males como la sífilis, el SIDA o cualquier otra enfermedad venérea y en consecuencia, por lo menos teóricamente, nada nos impide que podamos aplicar estas medidas como medidas post-delictuales, es decir, como medios de prevención aplicables a algún individuo que haya efectuado alguna conducta ilícita de peligro o de lesión por contagio venéreo.

La anterior afirmación la corroboramos y reafirmamos si tenemos en consideración la finalidad que persiguen estos tres medios asegurativos mencionados; así por ejemplo, el aislamiento, como su nombre lo indica, tiene la finalidad de separar a las personas infectadas durante el período de transmisibilidad, en lugares y condiciones que eviten el peligro de contagio.

Por otro lado la finalidad que persigue la cuarentena está encaminada a restringir o limitar la libertad de tránsito de personas sanas que hubieren estado expuestas a una enfermedad transmisible, por el tiempo estrictamente necesario para controlar el riesgo de dicho contagio.

Por último, consideramos que la finalidad que persigue la observación personal está encaminada a realizar una estrecha supervisión sanitaria de los presuntos portadores, y que sin limitar su libertad de tránsito, busca facilitar la rápida identificación de las infecciones o enfermedades transmisibles.

VII.3.- FORMAS PARA DETERMINAR LA APLICACION DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.

La consecuencia necesaria que deriva del sistema dualista que hemos adoptado, es decir de la dualidad que no de identidad- de las penas y las medidas de seguridad post-delictual y de las medidas de seguridad administrativas - no delictivas, nos obliga, dada esa ausencia de identidad de origen, a no superponer las penas y las medidas de seguridad y éstas últimas y las medidas administrativas en un mismo fenómeno social.

De igual manera, dicha naturaleza nos constriñe a presuponer que el Estado sólo puede adoptar y optar por la aplicación de una u otra como consecuencia de la valoración de las conductas de los gobernados, pero siempre teniendo presente la finalidad última que se desea alcanzar con su aplicación y la legitimación que de ellas haya efectuado, previamente, en el mundo normativo.

Al tratar este punto, algunos teóricos del Derecho Penal, tales como Fernando A. Barrita López, han afirmado que en la aplicación de las medidas de seguridad son necesarios dos fundamentos:

- a) Un fundamento normativo.
- b) Un fundamento fáctico -hecho o conducta-.

El primero de dichos fundamentos, como el mismo -- nos lo sugiere, está dado por la norma penal, es decir, ..

tanto por el tipo como en la descripción de las penas y las medidas de seguridad; en tanto que el segundo, es decir, el fundamento fáctico, está dado por el hecho o conducta típica cometida por un individuo socialmente peligroso, independientemente de que éste sea culpable o imputable, o de que sea un delincuente habitual. En este sentido el citado autor ha concluido: "...este hecho servirá de fundamento a la aplicación y ejecución de las medidas de seguridad, sólo si satisface la correspondiente exigencia de peligrosidad manifestada en ese particular y concreto hecho típico." (9).

La interactuación dialéctica de los fundamentos antes citados nos obligan a afirmar que el origen objetivo de la norma jurídica está dado por los bienes sociales, culturales y políticos que el Estado debe proteger y que aunado a ello, y como colorario de todo Estado social de Derecho, el origen subjetivo de tipificar conductas delictivas en el mundo normativo está dado por el principio de legalidad; principio que en México y en todos los países de corte democrático se traduce en el hecho de que sólo podrá imponerse una pena o una medida de seguridad si ésta se encuentra previamente legitimada en una Ley, principio que los estudiosos del derecho han universalizado en la expresión: "nulum crimen, nulla poena sine lege", lo cual se traduciría en estricta interpretación analógica, -

(10) en que no podrá aplicarse una medida de seguridad, si-

(9). "Revista Mexicana de Justicia No. 1, Vol. 1, enero-marzo de 1983; pág. 213, ED. P.G.R., P.G.J. del D.F. e Instituto Nacional de Ciencias Penales Ed. México-1983.

(10). Cfr. CASTELLANOS TENA, FERNANDO, "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", pág. 89, ED. Porrúa, Ed. VI gésima edición, México, D.F., 1984.

sino está prevista en una Ley.

En México, dicho principio ha sido ampliamente interpretado y en virtud de ello se han integrado en un sólo precepto Constitucional cuatro modalidades de subgarantías, que pudiera englobar la garantía de legalidad; así en nuestro Artículo 14 Constitucional, se puede observar que se tutela:

- a) La garantía de irretroactividad de la Ley.
- b) La garantía de legalidad, propiamente dicha.
- c) La garantía de la pena, y
- d) La garantía del proceso.

Para los objetivos que se buscan en el presente capítulo nos basta afirmar que la garantía de la pena se encuentra descrita en el párrafo 3o. del citado precepto Constitucional, y en él se determina que: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una Ley exactamente aplicable al delito que se trata", y en virtud de que el Estado al aplicar una pena o una medida de seguridad está ejercitando el "ius punnendi", es necesario, básico e indispensable, para preservar dicho estado de Derecho, el respeto a las garantías de sus gobernados y por ende el respeto a dicha garantía de legalidad.

En síntesis, afirmamos que en la determinación y aplicación de las medidas de seguridad se hace necesario e

indispensable respetar el mencionado principio de legalidad o principio de la pena, lo cual, interpretando dicho precepto, se traduce en que sólo podrá imponerse una medida de seguridad si ésta está prevista como tal en la Ley, y es aplicada como consecuencia de presupuestos específicos que previamente quedaron incluidos en las normas penales.

Esta última afirmación nos remite necesaria e ineludiblemente a la subgarantía del proceso, prevista en el párrafo 2o. del Artículo 14 Constitucional, ya que ella delimita, concretamente, el mecanismo que deben observar los órganos de gobierno para la impartición de justicia. - En este sentido, dicho precepto establece: "...Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho". -- Precepto que nos obliga a afirmar que las medidas de seguridad, -propriadamente dichas- al igual que las penas, deben ser decretadas por órganos jurisdiccionales previamente establecidos, mediante la ventilación de un proceso, en donde se dé al procesado toda clase de garantías para que no que en estado de indefensión y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Con el anterior marco de referencia queremos afirmar que si una medida de seguridad -post delictual- es aplicada por una autoridad administrativa, aún y cuando se traten de cubrir todas las formalidades del procedimiento y se apliquen Leyes expedidas con anterioridad al hecho, -

podrán ser calificadas de anticonstitucionales, en virtud de que tales medidas no serían decretadas por órganos jurisdiccionales, propiamente dichos, y aún cuando se tratasen de cubrir todas las formalidades procesales, tales actos, por la naturaleza del órgano administrativo que la emiten y la naturaleza de la medida de seguridad, serían anticonstitucionales, en virtud de que nuestra Constitución Política, en su Artículo 21, establece la competencia de las Autoridades Administrativas para aplicar sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernamentales y de policía, pero nunca faculta a dicha Autoridad para imponer medidas de seguridad post-delictuales.

La anterior posición doctrinaria nos sirve de marco conceptual para afirmar que el aislamiento, la cuarentena y la observación personal, aplicadas post delictualmente son medidas de seguridad, propiamente dichas, y por lo tanto su imposición por parte de una autoridad administrativa sería anticonstitucional, por no observar, en estricto derecho, la garantía de legalidad prevista en el Artículo 14 de nuestra Ley fundamental.

Por lo que respecta a la individualización de las medidas de seguridad no hay polémica que obstaculice, en la doctrina, su determinación; así se puede desprender de autores como Eugenio Cuello Calón, el cual ha sostenido: - "...En este punto el acuerdo es unánime, debe atenderse sobre todo, a la personalidad del delincuente, y a ella adóptase la medida de seguridad. Para los alienados, los anormales mentales, los alcohólicos y toxicómanos, necesitados de tratamiento, toda clase de medidas de seguridad será de ..

tipo curativo; para los delincuentes habituales e incorregibles será de tipo asegurativo. Para éstos la apreciación del hecho apenas tiene valor, (a lo más, como síntoma de peligrosidad del agente) aquí predomina sin disputa la estimación de la peligrosidad." (11)

Conteste a esta forma de individualizar la aplicación de las medidas de seguridad se nos cuestionaría: ¿En qué parte de la hipótesis mencionadas por Cuello Calón, se fundamentaría la aplicación de una medida de seguridad - -post delictual- a un sujeto enfermo de sífilis, SIDA o algún otro mal venéreo?

Para contestar esta pregunta y por la propia naturaleza y grado de avance de la ciencia médica, para el tratamiento y curación de las enfermedades mencionadas, consideramos indispensable hacer una subclasificación: así tendríamos que para enfermedades como la blenorragia, chancro o cualquier otra enfermedad que tradicionalmente se ha considerado como venérea, la aplicación de las medidas de seguridad sería de tipo curativo, en virtud de que por la naturaleza de la enfermedad, con tratamiento curativo pueden desaparecer las mismas; en tanto que para el SIDA, como enfermedad incurable hasta el momento, sería de tipo asegurativo, en virtud de la circunstancia de que las autoridades sanitarias de México y de todo el Mundo han externado que, a corto plazo, no existe medicamento o cura específica para abatir dicha enfermedad.

(11). "Derecho Penal. Parte General", Tomo I, pág. 600; ED. Nacional; Ed. Novena Edición, México, 1953.

Para finalizar este tema y dejar bien claro el mecanismo y las circunstancias que el juzgador debe tomar en cuenta para la individualización de las penas y las medidas de seguridad, los autores están acordes en que dicha autoridad debe de valorar las hipótesis previstas en los Artículos 51 y 52 del Código Penal y el hecho de que estén o no presentes en el caso concreto; es decir, que el juzgador al tratar de individualizar una sanción (pena o medida de seguridad) debe de tomar en cuenta las circunstancias - exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente; - la naturaleza de la acción u omisión de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño causado y del peligro corrido; la edad, educación, ilustración, costumbres, así como la conducta precedente del sujeto; los motivos que lo impulsaron a delinquir o determinaron a delinquir, así como sus condiciones económicas; por último, dicho juzgador, deberá de considerar las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales - que puedan comprobarse, así como los vínculos de parentesco, de amistad y demás circunstancias nacidas de sus relaciones sociales con el ofendido, la calidad de ésta última y fundamentalmente las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestra su mayor o menor temibilidad.

VII.4.- MEDIDAS DE SEGURIDAD ADMINISTRATIVAS, FALTA DE APLICACION POR PARTE DE LA AUTORIDAD SANITARIA PARA LA PREVENCION DEL SIDA.

La falta de aplicación de medidas de seguridad administrativas por parte de la autoridad sanitaria, especí-

ficamente de la Secretaría de Salud (SSA), para tratar de contrarrestar los efectos de la expansión del SIDA pueden tener su origen en tres hipótesis a saber:

1.- Porque el número real de infectados, es decir de casos específicamente comprobados, aún no es alarmante, aún y a pesar de que el número de casos potencialmente esperados es inmensamente superior a los comprobados, en virtud de que por cada caso detectado se estima que hay de 50 a 100 casos esperados.

2.- Por falta de capacidad técnica, organización interna y experiencia de dicha autoridad, para aplicar estricto derecho, el capítulo correspondiente de las medidas de seguridad, previstas en el título décimo octavo de la Ley General de Salud.

3.- Por último, y al parecer la hipótesis más importante, tiene su origen en aspectos de índole ético y social en virtud de que el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH), causantes del SIDA, de acuerdo al modelo occidental de contagio era considerada como enfermedad casi exclusiva de los homosexuales, aunque también se incluía, en menor escala, a los bisexuales, farmacodependientes y hemofílicos; en consecuencia toda aquella persona que se contagiaba de dicho mal, casi en forma automática e inconsciente, era considerado como homosexual, dado que estos sujetos de conductas desviadas o anormales fueron los primeros en ser considerados como grupos de alto riesgo y por lo tanto, rechazados y relegados de su medio social; "...parece incuestionable que la aparición del SIDA o AIDS -siglas de la en-

fermedad en idioma inglés- produjo un nuevo fenómeno social, ya que a esos grupos de riesgo, excluidos los hemofílicos, antes se les toleraba o aceptaba y, en cierta medida, de haber sido reprimidos empezaron a ser incluidos en todo tipo de actividades sociales, sin especial restricciones o limitaciones provenientes de sus peculiares comportamientos sexuales. En cambio ahora son rechazados y marginados no sólo por la sociedad que, mayoritariamente, es diferente a ellos, sino que dentro de los grupos que ellos forman, se presentan posiciones de rechazo y exclusión. Se ha dicho que la aparición y publicidad del SIDA o AIDS, -- significa una regresión de por lo menos 100 años respecto de la tolerancia social a grupos como los que nos ocupan," (12).

En la actualidad, aún y a pesar de que el modelo de contagio ha cambiado radicalmente, (por lo menos así lo van demostrando las estadísticas), la conciencia social sigue considerando a dicha enfermedad como un mal propio de los homosexuales, lo cual aunado a la peligrosidad natural de la enfermedad y a la carencia de un medicamento adecuado para su curación, convierte al individuo contagiado en un ser rechazado.

Mucho se ha hablado, en los medios de comunicación masiva de que se ha ido presentando un cambio en el modelo de contagio de la enfermedad, es decir, de ser un padeci-

(12). VELA TREVIÑO, SERGIO. "El Derecho Penal, la salud y el SIDA o AIDS; revista mexicana de justicia, No. 3", Vol. IV, julio-septiembre 1986; pág. 199. ED. P.G.R. P.G.J. del D. F. e Instituto Nacional de Ciencias Penales, Ed. México 1986.

miento casi exclusivo de los homosexuales, ahora se puede presentar en cualquier relación heterosexual (hombre-mujer; mujer-hombre), sin embargo, la fobia que se sentía por los miembros de este grupo de alto riesgo, se ha extendido a todos los individuos que padecen dicha enfermedad, sin importar el medio o mecanismos por el cual contrajeron el Virus de la Inmunodeficiencia Humana, dándose como consecuencia que sean segregados del medio social en que se desarrollaban.

Para tratar de evitar este tipo de fenómenos sociales, aseguran las autoridades sanitarias, se ha tratado de mantener en el anonimato a todas aquellas personas que padecen dicha enfermedad, y como cualquier tipo de publicidad los condenaría al rechazo social, también se ha evitado el aplicar medidas de seguridad porque en ellas no sólo convergen aspectos de prevención de la salud, sino aspectos de tipo filosófico, éticos, culturales, sociales, económicos y humanitarios. "...Se ha dicho en múltiples ocasiones que el medio idóneo de transmisión de la enfermedad es por medio de la sangre o semen; esto muchas veces repetido, no tranquiliza a nadie, porque todavía la enfermedad tiene áreas oscuras, y ello se traduce a que frente a las dudas, razonables o irrazonables, pero al fin humanas, se presenten formas de comportamiento diferentes a como se dan en otras circunstancias en que el riesgo de contagio existe, pero es afrontado por el personal médico o paramédico." (13).

(13). VELA TRIVIÑO, SERGIO. "El Derecho Penal, la Salud y el SIDA o AIDS; revista mexicana de justicia No. 3", Vol. IV, julio-septiembre 1986; pág. 200; ED. P.G.R. P.G.J. del D.F. e Instituto Nacional de Ciencias Penales; Ed. México 1986.

En este sentido podemos afirmar que, las personas que de una u otra forma hemos tenido la oportunidad de tener contacto con instituciones hospitalarias en sus diferentes niveles de atención, hemos constatado que en aquellos lugares en donde se ha detectado un caso de contagio por Virus de Inmunodeficiencia Humana las reacciones del personal médico y paramédico (aún trabajadores como choferes de ambulancia, camilleros, afanadores y personal de mantenimiento) son de completo rechazo hacia el paciente contagiado, y en este sentido tratan de evitar, de cualquier forma, el trato y cualquier contacto con el mismo independientemente de la publicidad negativa que se forma alrededor de la persona infectada se observa una desatención del contagiado, por parte del personal que tiene la obligación de asistirlos clínicamente.

Consideramos que los fundamentos que de forma implícita esgrimen las autoridades sanitarias, expuestos en este apartado, no son suficientes ni justificantes para no aplicar las medidas de seguridad, si éstas devienen de una conducta dolosa del agente activo del delito de riesgo de contagio y de enfermedades como el SIDA, en virtud de que el aislamiento, la cuarentena o la observación personal se refieren medidas asegurativas, que por su naturaleza y por un lado, estarían encaminadas a prevenir futuros y posibles males a los miembros de la sociedad; y por otro, sería la única forma legítima que tiene la sociedad para rechazar sujetos que por su conducta ha ocasionado un daño a la misma.

VIII.- FORMAS DE APARICION DEL DELITO.

VIII.1.- ITER CRIMINIS.

Como Iter Criminis se conoce al itinerario recorrido por un delito, desde el preciso momento en que se concibe en la mente del sujeto activo, hasta alcanzar mediante su agotamiento, al grado de delito consumado.

Ese itinerario que recorre el delito consta de dos etapas, una interna o subjetiva y otra externa u objetiva. En la primera fase la voluntad del sujeto aún no se ha exteriorizado, es decir, aún no ha salido de la mente del actor y en consecuencia, en ella, se pueden distinguir tres momentos a saber: a) la ideación, b) la deliberación, y c) la resolución de delinquir.

a) La ideación es el surgimiento o fecundación de la idea criminosa, en el pensamiento del agente; equivale a la concepción de un delito en lo específico.

b) La deliberación es el segundo momento del camino o trayecto subjetivo del iter, el cual se caracteriza por un proceso psíquico de lucha entre la idea criminosa que lo invita a delinquir y los factores axiológicos, sociales o individuales, que lo conminan a desistir y desechar tal ideación.

c) La resolución es la decisión de cometer el delito concebido, aún en contra de los valores axiológicos ana

lizados, es decir, es la decisión de delinquir despojada - de toda fuerza psicológica capaz de inhibirlo y persuadirlo para no ejecutar el acto injusto; ésta fase también se caracteriza por ser parte subjetiva del iter, en virtud de que aún en ella tampoco se ha exteriorizado dicha resolución-criminosa; podemos decir, tan sólo se ha perfeccionado la intención y la voluntad de delinquir.

Es importante recalcar que la fase interna o subjetiva no tiene trascendencia para el Derecho Penal, en virtud de que aún no se ha manifestado, mediante actos concretos, la resolución criminosa. "La fase subjetiva no tiene trascendencia penal, pues no habiéndose materializado la idea criminosa, en actos o palabras, no llega a lesionar ningún interés jurídicamente protegido. El Derecho regula relaciones entre personas y por ello el pensamiento no delinque, principio consagrado en la fórmula cogitationem -- poena nemo patitur, recogida de el Libro 11 de la Séptima-Partida, en su Título 31, que previene de la más antigua tradición jurídica romana. (1).

La fase externa u objetiva comprende también tres-etapas: a) Manifestación, b) Preparación, y c) Ejecución.

a) La manifestación es la primera resolución externa del propósito de delinquir; constituye el primer momen-

(1). Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO. "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General", pág. 467-470. ED. Porrúa, Ed. Octava edición, México 1987.

to externo del delito, pero escapa a la regulación penal.

En nuestro Derecho Penal Mexicano existen ciertos tipos penales que por el simple hecho de ser exteriorizados, aún con la simple palabra, se agotan en el mismo instante en que son engendrados al mundo de relación; ejemplos claros de dichos delitos son: los delitos de amenazas, difamación, y calumnias comprendidos en las descripciones típicas de los artículos 282, 350 y 356, respectivamente, del Código Penal vigente. Cabe hacer la aclaración que, por la naturaleza misma de estos delitos, la declaración externa no representa una mera manifestación del propósito delictivo, sino de la ejecución misma de todos los elementos requeridos por el tipo.

b) La preparación del delito se manifiesta por la realización de los actos idóneos para la perpetración del mismo, pero que de ninguna manera revelan, fatalmente, que los actos están encaminados a agotar la hipótesis típica de algún delito en lo específico. Estos actos, también, por excepción son penados. (2).

VIII.2.- T E N T A T I V A.

Quando el agente ejecuta actos que evidentemente están dirigidos a la ejecución de un delito, el cual no se consume por causas ajenas a su voluntad, surge la figura de la tentativa.

(2). Cfr. CASTELLANOS TENA, FERNANDO. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". pág. 283-285; ED. Porrúa, S. A., Ed. Vigésima edición, México, D. F., 1984.

Con pequeñas variantes autores como Francisco Pavón Vasconcelos, coinciden en determinar que son tres los elementos configurativos de la tentativa, (3), ellos son:

- a) Intención dirigida a cometer un determinado delito,
- b) Un principio de ejecución del delito, es decir, la presencia de actos ejecutivos por parte del agente, para procurar la consumación del ilícito, y
- c) Un resultado no consumado por causas ajenas a la voluntad del agente. (4).

VIII.2.1.- DIVERSAS FORMAS DE TENTATIVA.

La doctrina contempla dos clases de tentativa:

- a) La tentativa inacabada,
- b) La tentativa acabada.

a) En la tentativa inacabada o delito intentado la resolución de cometer el ilícito penal se exterioriza por medio de actos que dan comienzo a la ejecución, pero ésta se interrumpe por causas ajenas a la voluntad del agente. Jiménez de Asúa, al hablar del concepto de tentativa, (eventualmente se refiere a la tentativa inacabada), afirma:

(3) Cfr. "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General". pág. 475. ED. Porrúa. Ed. Octava Edición, México, 1987.
 (4) CUELLO CALON, EUGENIO. "Derecho Penal Parte General", Tomo I, Pág. 528-529. ED. Editora Nacional. Ed. Novena Edición, México, 1953.

"Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito, directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debiera producir el delito por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento." (5).

En la tentativa acabada o delito frustrado, el agente realiza la totalidad de los actos de ejecución idóneos a la producción del resultado típico, pero involuntariamente este no acontece.

Mezger, "...al referirse a la distinción entre tentativa acabada e inacabada, aclara que la misma no se refiere al resultado del acto sino al término de la actividad desplegada. En la tentativa inacabada el sujeto no ha realizado todos los actos que por su parte se requieren para que el delito se consuma, en tanto en la acabada sí ha realizado todos los actos por él requeridos, pero de igual manera el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad." (6).

Antes de expresar nuestra opinión sobre si es dable o no la tentativa, en cualquiera de sus formas, en el delito de peligro de contagio, consideramos de suma importancia afirmar que en la doctrina la tentativa no es punible cuando el sujeto desiste espontáneamente y por propia voluntad de su actividad antijurídica, aunque dicho desistimiento sólo opere con relación a la tentativa inacabada; luego entonces en el delito frustrado o tentativa acabada no opera la hipótesis del desistimiento, porque no puede, el sujeto activo, desistirse de actos perfectamente consu-

(5). "La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal". -- pág. 474-475, ED. HERMES, Ed. 3a. Corregida y Actualizada, Buenos Aires, Argentina, 1959.

(6). Citado por PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General". pág. 471, ED. Porrúa, Ed. Octava Edición, México, 1987.

mados. Es en este caso que la doctrina hace referencia al arrepentimiento "post factum", el cual sí da origen a la aplicación de una pena corporal, de conformidad al artículo 12, y en relación con el artículo 63 del Código Penal vigente.

Situación diferente se presenta en la hipótesis en donde hay "arrepentimiento activo" del agente, es decir, hay arrepentimiento activo cuando se han ejecutado todos los actos idóneos para producir el resultado típico, pero éste no llega a producirse por actos propios del sujeto activo del ilícito, (actos que están encaminados a impedir la consumación del delito). Es sólo en esta hipótesis que podemos hablar de "arrepentimiento activo", el cual, de conformidad al tercer párrafo del artículo 12 del Código Penal, tampoco es punible ni causa o justificación de imposición de una medida de seguridad.

Por lo que se refiere a la circunstancia de que se pueda o no presentar la tentativa, en cualquiera de sus formas, en el delito de peligro de contagio, debemos aclarar lo siguiente:

En la doctrina existe una gran polémica con respecto a la determinación de si en los delitos de mera conducta es dable la presencia de la tentativa; al respecto existen dos corrientes bien delimitadas:

1o.- Si consideramos que en el delito de peligro de contagio el elemento objetivo está constituido por una conducta, la cual consiste sólo en una acción, y que al ejecutarse presupone, únicamente, una actividad (que no

implica un resultado material), luego entonces, al realizarse la actividad generadora del ilícito y consumarse el delito, no es posible sostener que se pueda presentar el delito en grado de tentativa en el ilícito que estamos estudiando.

20.- Si atendemos a la naturaleza misma del delito de peligro de contagio y al medio idóneo con que se consuma dicho delito, (y utilizamos al delito de violación como -- marco teórico, para ejemplificar ésta otra posición), consideramos que es factible que se presente la tentativa in cabada, si, y sólo si el propio delito de que hablamos se presenta concomitantemente con la tentativa de delito de violación. Es importante hacer la aclaración de que en esta hipótesis el delito de peligro de contagio aparecería como accesorio o subordinado al delito de tentativa de violación (que al igual que el delito que estamos estudiándose le ha considerado, en la doctrina, como un delito de mera conducta, por no exigirse un resultado material).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que: "...si el acusado ejecuta una serie de actos encaminados directa e inmediatamente a la realización del delito de violación y causas ajenas al infractor le impidieron la consumación de su propósito, comete el delito de violación en grado de tentativa." (7)

En consecuencia tendríamos que si el sujeto activo,

(7). Semanario Judicial de la Federación, LIV, p. 1966. -- Quinta época., Citado por PORTE PETIT C., CELESTINO.- "Ensayo dogmático sobre el delito de violación"., pág. 74, ED. Porrúa, Ed. Cuarta Edición, México, D. F., -- 1985.

sabiendo que se encuentra enfermo de sífilis, de SIDA o de cualquier otro mal venéreo, ejecuta una serie de actos encaminados a poner en peligro de contagio, a cualquier individuo, por medio de relaciones sexuales y que por causas - ajenas al infractor no se consuma la cópula carnal, comete ~~el~~ el delito de peligro de contagio en grado de tentativa inacabada, que es la única que, de conformidad a ésta hipótesis, podríamos aceptar en el mencionado delito.

VIII.3.- DELITO IMPOSIBLE.

Es de todos conocido que la inexistencia del objeto material del delito, la inexistencia del objeto jurídico, o la idoneidad de los medios utilizados, trae como consecuencia la imposibilidad de perpetración del ilícito.

Esta figura del Derecho Penal ha sido objeto de -- gran polémica doctrinal, por lo que se refiere a la aplicación o inaplicación de una sanción o pena privativa de la libertad, en donde destacan las tres posiciones teóricas - siguientes:

A partir de Von Buri y su teoría subjetiva, se ha fundamentado la posición doctrinaria que sostiene que la - punición del delito imposible no debe atender, exclusiva-- mente, al hecho de que se haya o no producido el resultado querido, sino, "...a la voluntad exteriorizada de produ-- cir un determinado resultado, con independencia de la realidad jurídica, siendo por ello punibles los actos idóneos

o inidóneos." (8).

Por su parte los positivistas como Bettiol proponen la aplicación de medidas de seguridad para los sujetos que encaminan su conducta a la realización de un acto tipico, no consumado por inexistencia del objeto material o -- por inidoneidad de los medios, esgrimiendo que la conducta del sujeto activo es reveladora de su temibilidad y por lo tanto de su peligrosidad social." (9).

Otros autores, como Ramón Palacios y Castellanos - Tena, aunque éste último en forma muy discreta, sostienen que el delito imposible por inidoneidad en los medios o -- por falta del objeto material, no debe ser penado ni aún - en grado de tentativa, pues no entraña la ejecución de actos encaminados, directamente, a la realización de un deli to. (10).

La doctrina ha considerado que en el Derecho Penal Mexicano, específicamente en el artículo 12 del Código Penal, no se regula, en ninguna forma, la tentativa imposi-- ble.

Con respecto a este tema, nosotros consideramos -- que el juzgador debe tomar en consideración, al determinar

- (8). PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO. "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General", pág. 484, ED. Porrúa, Ed. Octava edición, México, 1987.
- (9). Citado por JIMENEZ HUERTA, MARIANO. "La Tipicidad". - pág. 283, ED. Porrúa, Ed. México, 1955.
- (10). CASTELLANOS TENA, FERNANDO. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". pág. 288. ED. Porrúa, Ed. Vigésima Edición, México, 1984.

si un delito es o no posible, las características intrínsecas de los medios idóneos o inidóneos utilizados y la existencia o inexistencia, relativa o absoluta, del objeto material del ilícito penal; para, de ésta forma, determinar el peligro a que fué sometido el bien jurídico que protege la norma, como consecuencia de la conducta del agente.

Acorde con esta posición, Mariano Jiménez Huerta - ha sostenido: "...No es prudente afirmar que existen actos que de una manera abstracta absoluta y total son idóneos para la consumación de un delito, pues dicha inidoneidad se atempera y modifica cuando se pone en contacto con las particularidades que concurren en el caso concreto y - que el agente conocía", y más adelante sostiene: "...Este factor movible consiste en la apreciación que el juez ha de hacer, con base en las particularidades de cada caso, - sobre el peligro que para el bien jurídico protegido representa la conducta del agente." (11). En consecuencia, consideramos que un individuo que ejecuta una conducta, que a la par se le considera como delito imposible, pone de manifiesto la temibilidad del autor del acto, razón por la - - cual pensamos que en lugar de reprimir estos actos, que en última instancia no constituyen una tentativa, -aunque de hecho ponen en peligro de lesión al bien jurídico tutelado por la norma- es más acorte con una buena política criminal aplicar a estos sujetos medidas de seguridad que preserve a la sociedad de futuros y efectivos males.

Dada la naturaleza jurídica del delito de peligro-

(11). "La tipicidad". Págs. 278-280. ED. Porrúa, Ed. México, 1955.

de contagio consideramos que, en relación al delito imposible, si es factible que se presente, aunque sólo hipotéticamente, ya por inexistencia del objeto material del delito, por inidoneidad de los medios, es decir, en donde no existe cópula carnal, o por falta de objeto jurídico, en donde se da por descontado que con anterioridad el bien jurídico protegido por la norma -la salud personal- ya estaba lesionada; es en éste último de los casos, acorde con nuestra posición doctrinaria, que consideramos como posible la aplicación de una medida de seguridad que coadyuve, dado el dolo con que actuó el sujeto activo, a prevenir futuros males o a evitar la presencia de nuevas conductas delictivas.

VIII.4.- DELITO CONSUMADO.

"Delito consumado es la acción que reúne todos -- los elementos, genéricos y específicos, que integran el tipo legal". (12).

En este sentido podemos afirmar que, en el delito cuyo análisis dogmático estamos realizando, se alcanza su consumación cuando se realiza la conducta; es decir, dado que en el delito de peligro de contagio el elemento objetivo está constituido por una mera conducta (la cual consiste sólo en una acción y que al ejecutarse presupone una actividad: cópula carnal), que no implica un resultado material, el ilícito se consume al realizarse dicha conducta.

(12). CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. "Derecho Penal Mexicano.- Parte General". Pág. 646. ED. Porrúa, Ed. Décimoquinta edición, México, 1986.

VIII.5.- CONCURSO DE PERSONAS EN EL DELITO.

Este apartado, más conocido en la doctrina como - participación, es la institución jurídica que estudia la - eventual o necesaria participación de una o varias personas en la realización de un delito.

"Para centrar en el lugar debido el problema de la participación Maggiore empieza por distinguir entre delitos individuales, unisubjetivos o monosubjetivos y delitos colectivos o plurisubjetivos, en razón de la exigencia típica referida a los sujetos activos en el delito; éste es unisubjetivo cuando el tipo permite que su comisión se realice de ordinario por una persona, aunque eventualmente puedan realizarlo varias; es plurisubjetivo cuando la descripción legal de la conducta o del hecho sólo admite la comisión del delito por una pluralidad de personas." (13).

VIII.5.1.- F O R M A S.

a) Participación necesaria.- De hecho a los delitos plurisubjetivos también se les conoce con el nombre de delitos de participación necesaria, porque el tipo penal - exige la actuación de varias personas como factor "sine -- qua non", para la perpetración del ilícito descrito en el tipo penal; participación que de no presentarse da origen a que el delito no exista.

(13). PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General". Pág. 493, ED. Porrúa, Ed. Octava edición, México, 1987.

b) Participación eventual o contingente.- Los delitos unisubjetivos o monosubjetivos también pueden dar origen a la participación eventual o contingente, en virtud de que, aún a pesar de que el tipo penal permite que su comisión se realice, de ordinario, por una sola persona, puede presentarse la eventual colaboración de dos o más sujetos en la comisión del delito. (14).

Afirmamos que en el delito de peligro de contagio, que es un delito individual, monosubjetivo o unisubjetivo, se puede presentar la participación eventual o contingente; por así sugerirnoslo la dogmática jurídica, en función directa a la descripción típica contenida en el artículo 199 bis del Código Penal vigente.

VIII.5.2.- C L A S E S.

a) Autor Intelectual.

De conformidad a la fracción V del artículo 13 del Código Penal vigente, se considera como autor intelectual que determine, intencionalmente, a otro a cometer un delito; en consecuencia, la autoría intelectual es doble como causa psíquica eficiente para la producción del delito de peligro de contagio, en virtud de que un sujeto sabiendo que otro padece sífilis, SIDA o cualquier otra enfermedad de tipo venéreo, lo induce a tener relaciones sexuales con un tercero con el fin de ponerlo, a éste tercero, en peligro de contagio y aún a producirle ese contagio.

(14). Cfr. PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General". Pág. 494. ED. Porrúa. Ed. Octava edición, México, 1987.

b) Autor Material.

Autor material o inmediato es aquél que directamente ejecuta la conducta o hecho que integra el tipo penal.

Será autor inmediato o material del delito de peligro de contagio aquél sujeto que, de conformidad con la --fracción II, respectivamente, del artículo 13 del Código Penal, a sabiendas de que está enfermo de sfilis, SIDA, o cualquier otro mal venéreo tenga relaciones sexuales con otro, esponiéndolo con su conducta al peligro de contagio.

c) Coautor.

Coautor es el que realiza la conducta o hecho delictuoso conjuntamente con el autor.

Francisco Pavón Vasconcelos, al definir al coautor sostiene: "...Coautor. Al igual que el autor, es quien realiza la actividad conjuntamente con otro u otros, descrita en la Ley.", e inmediatamente afirma: "...Indebidamente se habla de coautor pues éste, en rigor técnico, es un autor." (15).

Por lo que respecta al delito de peligro de contagio consideramos que sí es posible hablar de coautoría, --siempre y cuando dos sujetos, autores del ilícito, aún a sabiendas de que padecen alguna enfermedad de tipo venéreo tengan, al mismo tiempo y/o lugar, relación sexual --por --

(15). "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General". --Pág. 508, ED. Porrúa, Ed. Octava edición, México, --1987.

vfa normal y/o anormal- con el sujeto pasivo del ilícito, y de conformidad a la posición doctrinaria de Francisco Pavón Vasconcelos, cada uno responderá por su acto, dado que en estricto rigor técnico, cada uno es un autor del delito cometido.

d) Autor Mediato.

El autor mediato, de conformidad con la fracción IV del artículo 13 del Código Penal, será aquél que sirviéndose de otro lleve a cabo una conducta típica.

Autor mediato, en consecuencia, será aquél sujeto imputable que valiéndose de otro sujeto inimputable o inculpable ejecuta una conducta típica y antijurídica.

Dada la naturaleza misma del delito de peligro de contagio y de que los inimputables o inculpables no están impedidos para tener relaciones sexuales, consideramos que en el delito en estudio si es posible que se presente la autoría mediata, siempre y cuando el sujeto que ha sido o es utilizado como mero instrumento para cometer el ilícito penal de referencia se encuentre enfermo de sífilis, SIDA o de cualquier otro mal de carácter venéreo.

e) Cómplice.

Este grado de participación estriba en la ejecución de actos de auxilio o de colaboración tendientes a facilitar, al sujeto activo del delito, la realización de la conducta típica descrita en la norma penal. Así lo entendieron los legisladores al determinar, en el artículo 13, fracción VI, que son responsables de los delitos los que -

presten ayuda o auxilien a otros a cometer un ilícito. La doctrina ha establecido que este auxilio puede consistir en un acto o en un simple consejo.

Ignacio Villalobos afirma que el auxilio "...puede presentarse desde que se inicia la secuela criminal hasta que finaliza: contribuyendo a la planeación, la preparación o la ejecución; y tiene como requisitos: 1o. que lo hecho tenga alguna eficacia en la ejecución total; 2o. que tal contribución sea de carácter secundario y sustituible, en abstracto, por ayuda de otro o por los propios medios de los autores." (16).

La complicidad, al igual que los anteriores grados de participación, también es factible que se pueda presentar en el delito de peligro de contagio.

f) Encubrimiento.

Para hacer el análisis del encubrimiento, es indispensable hacer la aclaración de que si no hay promesa a la consumación del delito encubierto habrá un delito autónomo, el cual se encuentra regulado en el artículo 400 de nuestro Código Penal vigente; en tanto que si hay promesa anterior, a pesar que de hecho no haya relación de causalidad entre la conducta del encubridor y el resultado producido, se habla del grado de participación denominado encubrimiento.

El legislador encuadró el encubrimiento como una -

(16). "Dinámica del Delito". Pág. 225, ED. JUS, Ed. México, 1955.

clase o grado de participación en la fracción VII del artículo 13 del Código Penal vigente, el cual establece que: - "...son responsables de los delitos los que con posterioridad a su ejecución auxilién al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito"; en tanto que el encubrimiento es considerado como delito autónomo si no hay promesa anterior a la ejecución del ilícito y si la conducta, del encubridor, encuadra en alguna de las cinco fracciones del artículo 400 del Código Penal para el Distrito Federal, en materia Común, y para toda la República en Materia Federal. (17).

En cuanto al delito de peligro de contagio el encubrimiento se puede dar como grado de participación, en la medida en que se auxilie al sujeto activo del delito y mediante previa promesa otorgada con antelación al ilícito penal; o bien como delito autónomo (si no hay promesa de auxilio anterior al acto) si se presenta cualquiera de las hipótesis previstas en las fracciones II, III, IV, y V del artículo 400 del Código Penal en vigor.

VIII.6.- CONCURSO DE DELITOS.

a) Concurso Ideal o Formal.

La doctrina ha establecido que cuando hay unidad de acción y de ésta se obtienen pluralidad de resultados, estamos ante el concurso ideal o formal; si ésta plurali-

(17). Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO. "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General". Pág. 515-517, ED. Porrúa, Ed. Octava Edición, México, 1987.

dad de resultados son de la misma naturaleza, es decir, si viola varias veces un mismo precepto penal, estamos ante el concurso ideal o formal homogéneo; pero si esta pluralidad de resultados, consecuentes de una sola conducta, no son de la misma naturaleza, es decir, se violan varios preceptos penales con esa sola conducta, estamos ante el concurso ideal o formal heterogéneo. (18).

En el caso que nos ocupa, es decir, del delito de delito de peligro de contagio, con una sola conducta -la cõpula carnal-, se pueden violar dos preceptos: el propio delito de peligro de contagio y el delito de lesiones por contagio venéreo, (al cual denominamos de consecuencia necesaria) luego entonces, con una sola conducta se violan dos o más preceptos legales, y por lo tanto se presenta el concurso ideal o formal heterogéneo.

NOTA: Es importante resaltar que a pesar de que en el delito de peligro de contagio se presenta el concurso ideal o formal heterogéneo, la errõnea redacción del artículo en estudio, constriñe al juzgador a imponer las sanciones acumuladas que correspondan como si se presentara el concurso real o material, y en consecuencia, la redacción del citado artículo nos remite a las hipótesis contenidas en los tipos penales descritos en el Capítulo I, del Título Décimonoveno del citado ordenamiento normativo, el cual se le conoce con el título de "LESIONES".

De conformidad a nuestra línea metodológica transcribiremos aquéllos artículos, del citado capítulo, que a nuestro parecer tienen relación con el tipo penal que estamos analizando; es decir, con aquéllos artículos que pueden servir de base al juzgador para penar la conducta de un individuo que ha ocasionado lesiones por medio del con-

(18). Cfr. PORTE PETIT, CELESTINO. "Programa de la Parte General de Derecho Penal". ED. U.R.A.M., Ed. Segunda Edición, México, 1968.

tagio venéreo, pero siempre tratando de correlacionarlos - con la anatomía patológica de las enfermedades considera-- das venéreas, es decir, con los daños y alteraciones que - produce una enfermedad de tipo venéreo en un organismo que ha sido contagiado.

"ART. 288.- Bajo el nombre de lesión se comprende solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, frac-- turas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una - causa externa.

ART. 289.- Al que infiere una lesión que no ponga en peligro la vida del ofendido y tarde en sanar menos de quince días, se le impondrán de tres días a cuatro meses - de prisión, o multa de cinco a cincuenta pesos, o ambas -- sanciones, a juicio del juez.

Si tardare en sanar más de quince días se le impon-- drán de cuatro meses a dos años de prisión y multa de cin-- cuenta a cien pesos.

Las lesiones a las que se refiere la primera parte del párrafo anterior, se perseguirán por querrela.

ART. 290.- Se impondrán de dos a cinco años de -- prisión y multa de cien a trescientos pesos, al que infiera una lesión que deje al ofendido cicatriz en la cara, -- perpétuamente notable.

ART. 291. Se impondrán de tres a cinco años de -- prisión y multa de trescientos a quinientos pesos, al que infiera una lesión que perturbe para siempre la vista, o - disminuya la facultad de oír, entorpezca o debilite perma-- nentemente una mano, un pie, un brazo, una pierna o cual-- quier otro órgano, el uso de la palabra o alguna de las fa-- cultades mentales.

ART. 292.- Se impondrán de cinco a ocho años de -

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

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

ART. 293.- Al que infiera lesiones que pongan en peligro la vida, se le impondrán de tres a seis años de prisión, sin perjuicio de las sanciones que le correspondan conforme a los artículos anteriores.

Antes de tratar de encuadrar el hecho producido por el contagio venéreo con alguna de las hipótesis contenidas en los artículos enumerados con anterioridad, consideramos de suma importancia realizar los siguientes comentarios:

a) En la doctrina se ha establecido que la redacción del artículo 288 del Código Penal vigente es innecesaria en virtud de que cita, en forma casuística, sólo algunas de las hipótesis de lesiones externas que se pueden presentar en dicho delito; así mismo la hace redundante porque mediante la expresión "toda alteración de salud" se engloba a todas aquellas lesiones externas e internas que se pueden provocar en un organismo humano.

b) En consecuencia, se ha establecido, también en la doctrina penal, que en las lesiones se deben comprender a todas aquellas alteraciones en la salud personal que signifiquen el "rompimiento del estado de equilibrio de las funciones fisiológicas del cuerpo" (19), entiendo con (19). PORTE PETIT C. CELESTINO. "Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal", pág. 100 ED. Porrúa, Ed. Séptima Edición, México, 1982.

ello que se deben comprender a todas aquéllas lesiones externas que son apreciables a simple vista y aquéllas lesiones internas sólo apreciables mediante análisis clínicos, o por el rompimiento del equilibrio de las funciones fisiológicas del cuerpo.

c) En todas las enfermedades venéreas, por lo menos en los primeros estudios de la evolución de dichas enfermedades, sólo se producen rompimientos en el estado de equilibrio de las funciones fisiológicas de los sistemas y órganos del cuerpo humano; en consecuencia no hay, en ocasiones, alteraciones externas que puedan ser apreciables a simple vista y que puedan ser detectadas por individuos -- que no sean peritos en medicina, aún y cuando puedan ser origen o causa directa de la muerte del individuo infectado.

Teniendo en consideración los comentarios anteriores, así como la anatomía patológica de todas y cada una de las enfermedades venéreas, procederemos a intentar determinar la penalidad que corresponde al delito de lesiones por contagio venéreo, pero haciendo la aclaración de que este ejercicio no es la parte medular del ensayo que estamos realizando, sino que sólo buscamos, a manera de ejemplo, intentar la tarea intelectual que corresponde realzar al juzgador en el supuesto de que se ocasionen lesiones por vía de contagio venéreo.

De las manifestaciones clínicas que se presentan en la enfermedad producida por el treponema pallidum, mejor conocido como sífilis, se pueden clasificar en lesiones internas, lesiones externas, y lesiones oculares; es decir lesiones en el sistema ósea, en el hígado, estómago, laringe, riñones y aparatos genito urinarios, cardiovascular y lesiones al sistema nervioso central, entre las primeras; o en lesiones externas de la piel y la mucosa, además de las lesiones oculares.

De las primeras manifestaciones de la enfermedad que se presenta en una persona infectada, se encuentra el chancro, el cual generalmente aparece en el sitio de inoculación y se puede presentar como una ulceración de la piel y la mucosa; dado que la ulceración desaparece aproximadamente a las seis semanas, es decir, 45 días, se puede con-

siderar que dichas lesiones primarias se encuadran en la hipótesis prevista en la segunda parte del artículo 288 -- del Código Penal vigente, es decir, en aquellas lesiones que tardan en sanar más de quince días, correspondiéndole una pena corporal de cuatro meses a dos años de prisión y una pena pecuniaria acumulativa que varía de cincuenta a cien pesos (cantidad irrisoria que no paga ni los honorarios del médico ni los medicamentos de un simple resfriado).

A pesar de que, aproximadamente, el 95% de las lesiones primarias en donde aparece el chancro se presenta alrededor o en los órganos genitales externos del hombre o la mujer; también es posible que en el restante 5% pueda aparecer, dicho chancro, en las glándulas mamarias, en la boca, y en virtud de que dicha ulceración viscosa al cicatrizar forma una costra y que al secar deja una cicatriz permanente, el juzgado puede inclinarse por aplicar la penalidad prevista en la hipótesis del artículo 290 del Código Penal vigente, y en consecuencia, aplicar una pena corporal de dos a cinco años de prisión y una multa de cien a trescientos pesos.

La imposición de estas penas, dado el encuadramiento del hecho con la descripción de estos tipos penales, no son, con mucho, las únicas penas que puede el juzgador aplicar para sancionar el contagio de sífilis por vía venérea, ya que por la naturaleza misma y la evolución de la enfermedad hace que exista un cambio y evolución permanente hacia otros estadios de gravedad. Así por ejemplo, la sífilis, después de seis semanas de evolución, puede derivar hacia lesiones internas que son sólo perceptibles por medios técnicos y otras manifestaciones clínicas correlacionadas; en consecuencia, la imposición de las penas, por parte del juzgador, estará en función directa al grado de evolución de la enfermedad y al estado en que se encuentre al momento de que emita su sentencia.

Bajo estas circunstancias, si se presentan lesiones en la piel y las mucosas, el juzgador puede aplicar la sanción penal del artículo 290 del Código Penal, porque la supuración viscosa y espesa que aparece en la nariz y garganta son observables a simple vista, en virtud de que van produciendo lesiones destructivas y dolorosas en el paladar y en el tabique nasal.

Si se producen lesiones en el sistema óseo, en donde los huesos más atacados son el cráneo, la tibia y todas las articulaciones que soportan el peso corporal, (aunque también puede atacar a la clavícula, el húmero, las costillas y la estructura nasopalatina), -las manifestaciones clínicas más frecuentes son la artropatía de la rodilla, - el tobillo o la cadera y ocasionalmente, la columna vertebral. Es en éste sentido que se da la posibilidad de encuadrar el hecho típico con la descripción del artículo -- 291, en virtud de que se entorpece o debilita, permanentemente, una mano, un pie, un brazo, una pierna o cualquier otro órgano, dando en consecuencia la posibilidad de que - el juzgador pueda imponer una pena corporal de tres a cinco años de prisión y una pena pecuniaria de trescientos a quinientos pesos.

Pero si la evolución de dicha enfermedad es de tal grado que provoque la inutilización completa de dichos órganos, el juez podrá imponer una pena de cinco a ocho años de prisión de conformidad con lo previsto en el artículo - 292 del Código Penal vigente.

Si hay parálisis parcial o total, (que ocasione incapacidad permanente para trabajar), alguna manifestación o forma de trastorno mental, pérdida de la vista o de las funciones sexuales, el juzgador, al dictar sentencia, podrá fundamentar una pena privativa de la libertad que va - de seis a diez años de prisión.

Es importante señalar que la sífilis, también puede ocasionar alteraciones en el hígado, en el estómago, en la laringe; (produciendo alteraciones en las cuerdas vocales), lesiones meningo vasculares, epilepsia, sordera, cefalalgia crónica, tabes dorsales (forma de parálisis y desequilibrio en el sistema de orientación), impotencia y pérdida de la libido, parálisis en los nervios oculares, ceguera, y por último, aunque después de 20 ó 30 años, puede ser la causa principal de muerte. Bajo estas circunstancias, dependiendo de la evolución de la enfermedad y de -- las pruebas ofrecidas por el perito en la materia, el juzgador puede y debe decretar alguna de las diversas penas - que se incluyen en la descripción típica de los artículos - 289, 290, 292 y 293 del Código Penal vigente para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República - en materia del Fuero Federal.

El último de los estadios de la evolución de la sífilis, al igual que en los casos de contagio por el virus de la inmunodeficiencia humana, representan un problema -- complicado para la doctrina del Derecho Penal, en virtud de que la sífilis puede ocasionar la muerte dentro del 2do. o 3er. decenio de haber contraído la enfermedad; en tanto que el SIDA ocasiona la muerte, irremediablemente, dentro de los 5 años siguientes de haberse contagiado con el virus de la inmunodeficiencia humana. En este sentido y de conformidad con la redacción de la fracción II del artículo 302, dichas enfermedades no serán consideradas como mortales, en virtud de que el deceso no ocurre dentro de los siguientes 60 días de haberse contraído tales males; por lo tanto el juzgador sólo podrá aplicar las penas enmarcadas en el artículo 292 del citado ordenamiento, aún y a pesar de que con las lesiones inferidas resulte una enfermedad segura, incurable y, aunque a mediano plazo, cause la muerte del sujeto pasivo.

En este sentido podemos concluir que las lesiones producidas por el SIDA sólo podrán ser consideradas, por el juzgador, como lesiones que ponen en peligro la vida, aún y cuando clínicamente sean, por el momento, su consecuencia necesaria.

Bajo tales circunstancias el juzgador no tiene -- otra alternativa que imponer una pena acumulada de cinco a ocho años (o de seis a diez años) de prisión por la enfermedad transmitida (Art. 292), más una pena adicional de 3 a 6 años de privación de la libertad por el hecho de que, dichas enfermedades, son de las que se consideran que ponen en peligro la vida. En consecuencia y dado que las lesiones por contagio venéreo (de conformidad con el artículo 315 del Código Penal) se presumen efectuadas con premeditación, es decir con una calificativa que las agrava, -- puede imponerse una pena corporal de hasta 14 ó 16 años de prisión, que aunados a los 3 años que se imponen por el propio delito de peligro de contagio, puede representar -- una pena acumulada de 17 a 20 años de prisión.

Afirmamos que la determinación de las penas para el contagio de sífilis y de SIDA son un problema para la doctrina jurídico penal, porque consideramos, por lo menos en los casos de contagio por SIDA, que en la conducta del agente activo puede existir ese "animus", o dolo directo,

de ocasionar (aunque a mediano plazo), la muerte del sujeto pasivo, y en consecuencia existir ese dolo directo y calificado de producir la muerte. En este sentido, pensamos que aunque el hecho no se produce dentro de los 60 días siguientes, de efectuado el contagio, sí puede considerarse como un medio perfectamente idóneo para la consumación de la conducta, es decir, sí se puede esgrimir o ser factor inmediato para alcanzar la consecuencia de ese dolo directo.

En tal virtud, consideramos que existe una gran diferencia, a nivel teórico, entre la aplicación del art. -- 293, en relación al art. 303, fracc. II, y el art. 315 del Código Penal, ya que éste regula las calificativas -agravantes- de las lesiones y el homicidio calificado, y cuya penalidad, de éste último ilícito, varía de conformidad -- con el art. 320, de veinte a cuarenta años de privación de la libertad.

*

b) Concurso Material o Real.

Cuando con pluralidad de conductas o hechos realizados por un mismo sujeto, en forma simultánea o sucesiva e independientes entre sí, se cometen también múltiples delitos, estamos ante el concurso material o real; si con esa pluralidad de conductas se violan varias veces un mismo precepto penal, estamos frente al concurso real o material homogéneo; en cambio, si con esta pluralidad de conductas se violan, a la vez, varios preceptos penales estamos frente al concurso real o material heterogéneo.

En el delito de peligro de contagio, consideramos que es factible la presencia del concurso real o material en los siguientes ilícitos:

a) Peligro de contagio y estupro.

- b) Peligro de contagio y violación.
- c) Peligro de contagio y rapto.
- d) Peligro de contagio e incesto, y
- e) Peligro de contagio y corrupción de menores.

*

CONCLUSIONES

1.- El concepto "peligro" en nuestra realidad jurídica - penal tiene dos finalidades:

- a) Se utiliza para describir un concepto, una idea o una situación determinada de riesgo que se corre, Ejemplo: Peligro de contagio.
- b) Se utiliza como subtítulo o criterio específico para determinar la naturaleza de los delitos, -- Ejemplo: Delitos de peligro.

A riesgo de parecer fatuos, creemos que este tipo de dualidad debe de desaparecer en el campo del Derecho Penal; y decimos que debe desaparecer no por ser una cuestión de estilo o moda de estación, sino porque, -- por un lado, se debe de buscar, en nuestra materia, -- mayores grados de sistematización y ordenación metodológica, y por otro, se debe de buscar eliminar la aplicación de un mismo vocablo para dos finalidades, -- para intitular un delito en lo específico y como -- criterio clasificador de los delitos. (con lo cual se ha logrado que en la praxis del derecho penal se desarrollen definiciones y clasificaciones tautológicas)

Con la anterior posición pretendemos fundamentar que el título, bajo el cual se conoce el artículo 199 -- bis del Código Penal, cambie de denominación para intitularlo, en lo sucesivo: "Del riesgo de Contagio".

2.- El concepto contagio proviene del latín "contagium"--

e implica la transmisión de una enfermedad específica por medio del contacto; dicho contacto, de acuerdo con la ciencia médica, puede ser directo o mediato e indirecto o inmediato.

De las formas genéricas de contagio sólo nos interesa resaltar el modo de contagio directo, mediato o individual, ya que este es, en algunos casos y modalidades, el único que interesa al Derecho Penal porque en él existe la posibilidad de que se pueda integrar una conducta dolosa que sea "ratio essendi" de un tipo penal en lo específico: El delito de riesgo de contagio.

- 3.- De acuerdo a los diversos criterios existentes para clasificar los distintos modos de transmisión de las enfermedades epidemiológicas se puede observar que, aún y cuando no hay un consenso totalmente generalizado, por contagio directo, inmediato o individual, se entiende a aquella forma de transmisión que se da de individuo a individuo; es decir, si un cuerpo sano toca o es tocado por un organismo enfermo, sea en forma cutánea, mucosa y aún respiratoria. Dentro de esta forma de transmisión encontramos enfermedades tan variadas como la influenza epidémica (gripe), -- las infecciones meningocócicas, el tétanos, la lepra, la micosis profunda, la sífilis, el SIDA y a todas aquellas enfermedades que tradicionalmente se les ha considerado como enfermedades venéreas.
- 4.- Por su origen las enfermedades pueden clasificarse en congénitas, hereditarias o adquiridas, sin embargo la mayoría de las enfermedades que se transmiten por contagio directo, inmediato o individual son de

las denominadas contagiosas, es decir, adquiridas o transmisibles por contacto de hombre a hombre.

- 5.- Numerosos pueden ser los agentes o vehículos de transmisión de las enfermedades, entre ellos encontramos a las bacterias, a los virus, a determinada clase de hongos y a otros organismos conocidos como rickettsias (los cuáles parecen ser organismos intermedios entre los virus y las bacterias).

Los virus son los más pequeños microorganismos que se conocen en el campo de las ciencias químico-biológicas, y por su conformación micro-orgánica y forma de composición genética son causantes de una gran variedad de enfermedades contagiosas o adquiridas.

Es importante recalcar que los virus son tan complejos y tan variados que, de conformidad con su estructura genética, nunca dejarán de aparecer nuevas y variadas especies, como el caso actual del Virus de la Inmunodeficiencia Humana.

El fenómeno anterior se debe a que pueden surgir o nacer por variaciones en sus procesos físico, químico-biológico, de origen natural o de origen artificial producidos por el hombre; es por ello que los científicos que estudian la materia afirman que una bacteria común y corriente puede ser obligada, por la acción de agentes inductores físicos o químicos, a transformarse de una partícula inofensiva a ser un virus altamente perjudicial para el hombre, por lo tanto, la humanidad a lo largo de su historia y en su camino futuro siempre estará expuesta al surgi-

miento, creación o transformación de nuevos y letales virus que amenacen su existencia.

- 6.- De la exposición y análisis de las enfermedades transmisibles o adquiridas, que en la actualidad son consideradas como tales en la Ley General de Salud, (de las cuales se expusieron a manera de ejemplo y a lo largo del presente documento, enfermedades como el Cólera, Fiebre Tifoidea, Shigelosis, Influenza epidémica, Infecciones meningocócicas, Infecciones por estreptococos, tuberculosis, lepra, etc.) se puede observar que la mayoría se transmite, de conformidad a los criterios de clasificación de los modos o formas de contagio, en forma directa, inmediata o individual y no obstante que todas ellas producen alteraciones o daños en la salud del ser humano y de que pueden dejar huella material permanente, perturbaciones en los sistemas ocular, auditivo, respiratorio y motriz (tanto de las extremidades inferiores y superiores, como de las terminaciones nerviosas que se encuentran en el cráneo), el legislador consideró que estas enfermedades, aún y a pesar de su forma directa de transmisión, no constituyan o no reunan, de acuerdo a su naturaleza y al medio más idóneo de transmisión, los requisitos de antijuridicidad material (conducta injusta) para ser incluidos en el mundo normativo como una conducta o hecho típico.

Lo que sí es bien claro es que el legislador evaluó y consideró que la única forma de transmisión directa, inmediata o individual, merecedora de ser incluida en el campo del derecho penal era el contagio mu-

coso efectuado, única y exclusivamente, a través del contacto sexual; en virtud de que éste implica una - conducta positiva del agente, -de conformidad a la - naturaleza del acto- una conducta desplegada con el "animus" directo de producir el resultado (formal o - material), y una antijuridicidad material que daña - y/o lesiona intereses particulares o de la colectivi-dad, suficiente para fundamentar la institucionaliza-ción de la antijuridicidad formal de la conducta in-justa; es decir la creación de un tipo penal en lo-específico.

Con estos antecedentes podemos afirmar que el legis-lador, al tipificar este modo de contagio, está pe--nando única y exclusivamente la conducta dolosa y di-recta del agente, pero sólo aquella conducta que es-tá en función directa al carácter venéreo de la en--fermedad; es decir a la relación sexual como medio-idóneo de transmisión, en virtud de que ello implica el contagio directo, de individuo a individuo, por - contacto sexual directo, vía mucosa, vaginal o anal, con el "animus" directo de consumir dicha conducta.

- 7.- Enfermedad es toda alteración más o menos grave que-sufre la salud de un organismo animal o vegetal. En tanto que por venéreo se debe de entender a todo lo-relacionado con lo sexual, sensual, lascivo o relati-vo a la cópula carnal.

En consecuencia, debemos definir a la enfermedad o - mal venéreo como toda aquélla alteración, más o me--nos grave, de la salud que provoque anomalidad fi--siológica o psíquica, (o de ambas especies a la vez)

en el organismo de un individuo, y cuyo origen o localización sea de carácter lascivo, sexual, es decir que se transmita a través de la cópula carnal.

Con todos estos antecedentes podemos afirmar que nada nos impide que podamos clasificar al Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida y a otras enfermedades, presentes y futuras, que se puedan transmitir por -- contacto sexual como enfermedades venéreas.

- 8.- Con estas definiciones, es decir con el concepto de enfermedad venérea y con el hecho de que la sífilis, el chancro blando, el linfogranuloma, etc., además del contacto sexual se pueden transmitir por contagto con lesiones recientes en la piel, excoriaciones-cutáneas o de las mucosas; podemos afirmar que por el medio idóneo y más común por el cual se transmiten se les ha clasificado como enfermedades venéreas.
- 9.- Con estas afirmaciones podemos concluir que el legislador, al redactar el artículo 199 bis, cometió un -- error de tipo técnico, en virtud de que al separar o diferenciar a la sífilis de las restantes enfermedades venéreas se vio obligado a redactar, el citado -- artículo, en forma tautológica, en virtud de que la -- sífilis es también, por el medio idóneo y más fre_ -- cuente, una enfermedad venérea.

Para reafirmar la anterior posición cabe mencionar que en 1940, siendo Presidente de los Estados Unidos Mexicanos el General Lázaro Cárdenas, se publicó el "Reglamento para la campaña contra las enfermedades venéreas"; reglamento que en su artículo 10. estable

ció que se consideraba como enfermedad venérea, además de otras enfermedades, a la sífilis, con lo cual se confirma la redacción tautológica del artículo -- 199 bis del Código Penal vigente.

- 10.- En este mismo sentido y en virtud de que por venéreo debémos entender todo lo relacionado con lo sexual, lascivo o relativo a la cópula carnal, consideramos que al redactar el artículo 199 bis cometió un segundo error de tipo técnico, en virtud de que también es tautológico el hecho de que haya incluido, en la redacción del mencionado artículo, la expresión:
- "...por medio de relaciones sexuales...", siendo que, por la naturaleza misma de la enfermedad, lo venéreo implica la transmisión por cópula carnal, es decir por medio de relación sexual.
- 11.- A la fecha se ha podido comprobar que el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH), causante del SIDA -- (Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida), se transmite por los siguientes medios:
- a) Por contacto sexual, en donde haya intercambio de semen o secreciones vaginales.
 - b) Por transfusión sanguínea y/o hemoderivados contaminados.
 - c) Perinatal, de una madre infectada a su producto, y
 - d) Por trasplante o inerte de tejidos y órganos infectados.

De las anteriores formas de transmisión consideramos

que en realidad las dos primeras son las formas directas u originarias de transmisión, en tanto que -- las dos últimas son las formas derivadas, en virtud de que para que un infante sea contaminado y para -- que un receptor de injerto o trasplante pueda ser infectado, debe darse por hecho que, en ambos casos la madre y el donante estaban previamente infectados.

Asimismo, y por las acciones ordinarias emprendidas por el Sector Salud, a la fecha se puede afirmar -- que prácticamente se ha detenido la transmisión de -- la enfermedad por transmisión sanguínea, lo cual nos lleva a asegurar que el contacto sexual es el único medio original, directo y más generalizado por el -- que se producirá el mayor número de casos de transmisión del Virus de la Inmunodeficiencia Humana; afirmación, que de conformidad con nuestras anteriores -- asaveraciones, corrobora el carácter venéreo de la -- enfermedad denominada SIDA.

- 12.- Los elementos esenciales del delito de peligro de -- contagio están integrados por una mera conducta, la cual debe ser típica, antijurídica, imputable y culpable, sancionada con una pena corporal hasta de -- tres años y una pena pecuniaria hasta de tres mil pesos, y aunque, al parecer, existen condiciones objetivas de punibilidad: la querrela necesaria, está es, en el campo del Derecho Procesal Penal, un requisito de procedibilidad que se limita al peligro de contagio entre cónyuges; en consecuencia no es un elemento esencial del núcleo del ilícito penal en estudio.

LA CONDUCTA Y SU ASPECTO NEGATIVO

- 13.- El elemento objetivo del delito de peligro de contagio está constituido por una conducta, la cual consiste sólo en una acción y que al ejecutarse presupone, únicamente, una actividad (poner), ya que no implica un resultado material. En consecuencia el ilícito que estudiamos es un delito que implica una mera conducta, porque la actividad generadora del ilícito se agota con la acción.

Clasificación en Orden a la Conducta.

- 14.- En virtud de la naturaleza del delito y de la conducta desplegada por el agente, el delito de peligro de contagio es un delito de acción, porque para su realización el agente despliega una actividad o movimiento corporal, el cual se describe en el tipo con el verbo "poner", mismo que implica, por el carácter positivo del verbo, un hacer.

El segundo elemento integrante de la acción, en el delito en estudio, está integrada por la voluntad o querer del agente, el cual se identifica, en la descripción típica, con el término "sabiendo" (dolo directo); elemento subjetivo de lo injusto que implica voluntad y querer la acción, de tal manera que si falta el dolo (voluntad y querer) que la expresión "sabiendo" implica, no se realiza la hipótesis prevista.

Por último, el tercer elemento integrante de la acción en el delito de peligro de contagio está en función directa al carácter prohibitivo que se despen-

de de la redacción típica del artículo 199 bis, en virtud de que en ella se establece la prohibición. - para una persona enferma de sífilis o cualquier otra enfermedad venérea y que sepa tal circunstancia, de tener relaciones sexuales; es decir que existe un deber jurídico de abstenerse en ejecutar una conducta.

15.- Por la naturaleza del núcleo del ilícito previsto en el artículo 199 bis es un delito de acción, y en consecuencia no puede hablarse de peligro de contagio por omisión, ni simple, ni omisión compleja ni omisión por omisión.

16.- El delito de peligro de contagio es unisubsistente, en virtud de que la conducta "poner" y el medio idóneo para consumar dicha conducta (relación sexual) se agota en un sólo acto; es decir que la acción delictuosa, y por lo tanto la integración de este ilícito, se consuma tan pronto se efectúe, como "único-acto", el medio idóneo en que se manifiesta la voluntad delictuosa, es decir el acto sexual.

Clasificación en Orden al Resultado.

17.- Es instantáneo porque la acción que lo consuma se agota en el mismo momento de su realización (acto sexual); por ser un delito instantáneo, de mera conducta o formal, no puede ser clasificado como delito instantáneo con efectos permanentes; tampoco puede ser delito permanente, continuo o sucesivo, porque el delito se consuma en el mismo momento en que se ejecuta el acto carnal; de igual forma no puede ser clasificado como delito necesariamente permanente, -

porque además de su consumación, deberfa prolongarse en el tiempo; también serfa necesario que así estuviera determinado en el tipo penal respectivo.

- 18.- Puede ser un delito eventual o alternativamente permanente, porque aún siendo un delito instantáneo puede prolongarse, en el tiempo, su consumación.
- 19.- Es un delito de simple conducta o formal o de simple actividad o acción, porque la infracción criminosa se perfecciona una vez que el sujeto activo realiza la conducta activa descrita por la Ley; es decir que la hipótesis típica no requiere para su realización un resultado material.
- 20.- Por el daño que causa el delito de peligro de contagio, definición que nos constringe a clasificarlo taxativamente, es un delito de peligro porque el tipo no requiere, para su realización, que la conducta cause un daño al bien jurídico tutelado; es decir basta que por medio de las relaciones sexuales el sujeto pasivo corra el riesgo de ser contagiado para que el delito se perfeccione.

Teniendo en consideración los modernos criterios de clasificación de los delitos de peligro, podemos afirmar que el delito de peligro de contagio es un delito de peligro concreto, en virtud de que para que pueda decirse que el "hecho" encuadra perfectamente en el tipo, es necesario demostrar mediante análisis clínicos que el sujeto activo está enfermo de sífilis o de algún otro mal venéreo.

- 21.- En la medida en que afirmamos que en el delito de pe

ligro de contagio el elemento objetivo del ilícito - está constituido por una conducta, que la actividad-generadora de dicho ilícito se agota en la acción, - y de que concluimos que es un delito de simple con- ducta, formal, de simple actividad o de acción, es - que sostenemos que en el análisis dogmático del men- cionado delito no se requiere demostrar la existen- tencia del nexo causal, porque no existe o no se re- quiere un resultado material.

Ausencia de Conducta.

- 22.- Afirmamos que la fuerza irresistible, en sus modali- dades de vis absoluta y vis compulsiva, sí se pueden presentar en algunas de las hipótesis que se pueden- desarrollar en el delito de peligro de contagio; así mismo, en el campo hipotético y dada la naturaleza - del acto, también se puede presentar, como causa de- ausencia de conducta, el hipnotismo.

TIPICIDAD Y SU AUSENCIA

- 23.- El tipo es la descripción de una conducta y conside- rada por el Estado como antisocial e injusta y, por- ende, perturbadora del orden jurídico establecido.

En consecuencia la función que viene a desempeñar, - al interior del campo jurídico penal, es la de legi- timar (en términos de reconocimiento social) que una conducta injusta es antijurídica (material, formal, - objetiva y subjetivamente).

En cuanto a su aplicación al caso concreto, la tipi- cidad es la adecuación de una conducta a los elemen- tos exigidos por el tipo.

Por lo tanto, la función de la tipicidad será el encuadramiento y delimitación de los elementos de la conducta a cada uno de los requisitos contenidos en el tipo penal, lo cual implica que si no se da ese encuadramiento de la conducta con todos y cada uno de los elementos exigidos por el tipo, no habrá delito.

De conformidad con lo expuesto el delito de peligro de contagio se encuentra enmarcado en el tipo descrito en el artículo 199 bis de nuestro Código Penal vigente; en tanto que habrá tipicidad cuando la conducta del sujeto activo se adecúe a los elementos objetivos, subjetivos, normativos y a las referencias descritas y exigidas por el artículo 199 bis, del Código Penal vigente.

- 24.- Consideramos que las diferencias teóricas que se observan en la exposición de los fundamentos que sirven a los autores para encontrar la verdadera naturaleza del tipo y tipicidad se debe fundamentalmente a que, por un lado, confunden o toman como sinónimos a la función de ambos conceptos; y por otro, a que sus posiciones teóricas han sido elaboradas a partir de diferentes momentos, en relación a la concepción, integración y legitimación del tipo penal, en función directa a su adecuación con la conducta del hombre, antes y después de la integración de la descripción típica.

En consecuencia, afirmamos que para determinar la verdadera naturaleza, "ratio essendi", del tipo y tipicidad, en relación a la antijuridicidad, debemos -

de afirmar que:

- a) Toda conducta considerada como antisocial, anti-económica, antipolítica o anticultural (de conformidad a los valores que el Estado está obligado a preservar, para la subsistencia y protección de la sociedad), en una palabra las fuentes reales del orden jurídico, son razón de ser (ratio essendi) de la antijuridicidad.
- b) En consecuencia, desde este punto de vista formativo, la antijuridicidad (como sinónimo de injusto) es razón de ser del tipo.
- c) En cuanto a su aplicación al caso concreto el tipo es la razón de ser (ratio essendi) de la antijuridicidad, porque sin tipo no habrá antijuridicidad, tal y como lo establece la máxima: "nullum crimen sine tipo".

Castellanos Tena describe la anterior posición de la siguiente manera: "...Coincidimos con Mezger en que la tipicidad (es decir el tipo) es la razón de ser de la antijuridicidad; por supuesto, con referencia al ordenamiento positivo, porque siempre hemos sostenido que, desde el punto de vista del proceso formativo del Derecho, la antijuridicidad (como sinónimo de injusto) al contrario es ratio essendi del tipo, - pues el legislador crea las figuras penales por considerar antijurídicos los comportamientos en ellas descritos." (1).

(1). "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", pág. 169, ED.- Porrúa, Ed.- Vigésima edición, México, D. F., -- 1984.

25.- Los elementos que integran el tipo delictivo se desprenden de la descripción que el legislador incluyó en la redacción del artículo 199 bis, en consecuencia y de conformidad con la doctrina, podemos afirmar que en el delito de peligro de contagio se presentan los siguientes elementos típicos:

a) Sujeto Activo:

a.1.) En cuanto al número el sujeto activo debe ser menos subjetivo, unilateral, individual o de sujeto único, porque, de acuerdo a la descripción típica y a la naturaleza del delito, es suficiente la actuación de un sólo sujeto activo, que esté infectado de "sífilis o de un mal venéreo", para colmar el tipo.

a.2.) En cuanto a la calidad del sujeto activo, el tipo requiere que reúna una cierta calidad; es decir, nos encontramos frente a un delito propio, especial o exclusivo, ya que no cualquier sujeto puede colmar el tipo, sino sólo aquel sujeto que, previamente a la consumación del acto, está enfermo de "sífilis o de un mal venéreo."

b) Sujeto Pasivo:

b.1.) En el delito de peligro de contagio el sujeto pasivo se identifica con el bien jurídico y el objeto material protegidos por el tipo penal, ya que de la redacción del artículo 199 bis se infiere que el sujeto pasivo

vo (bien jurídico y objeto material) será - un individuo identificado en el tipo como - "la salud de otro".

- b.2.) En cuanto a la calidad del sujeto pasivo, - en el ilícito que estudiamos, no se requiere que reúna ninguna cualidad o calidad, - por lo tanto, se trata de un delito impersonal (dado que el multicitado sujeto pasivo puede ser cualquier individuo, sin importar sus características individuales y/o personales).
- c) En la medida que el objeto jurídico, de acuerdo a la doctrina, es el bien o la institución legalmente amparada por el tipo y de que la persona o cosa sobre la que recae la conducta delictiva es el objeto material, es que afirmamos que teóricamente se puede diferenciar, en el delito de peligro de contagio, el objeto jurídico y el objeto material, en virtud de que el bien jurídico protegido por la norma es la salud del sujeto pasivo, en - tanto que el objeto material es el individuo sometido a riesgo de contraer el contagio de sifiliso o de cualquier otra enfermedad venérea; sin embargo, en la praxis, el objeto jurídico y el objeto-material convergen y se identifican plenamente en la salud del sujeto pasivo del ilícito penal.
- d) En el delito de peligro de contagio, el legislador incluyó, en la redacción del tipo penal, algunas referencias que de no presentarse dan lugar a una atipicidad; así por ejemplo podemos observar:

referencias de carácter personal; exigencias en cuanto a los medios, así como elementos de tipo normativo y elementos subjetivos de lo injusto.

d.1.) En el artículo 199 bis, la referencia temporal exigida por el legislador se identifica con la expresión "en período infectante", referencia que nos parece innecesaria y aún errática, ya que, de acuerdo a las opiniones de varios tratados y peritos en medicina, las enfermedades venéreas, incluyendo la sífilis y el SIDA, son contagiosas en cualesquiera de sus períodos de evolución, aún y cuando el individuo haya pasado a ser un portador asintomático- (sin síntomas aparentes de la infección que padece).

d.2.) Afirmamos que en el tipo penal descrito en el artículo 199 bis, se requiere de medios legalmente limitados porque, para que se integre el delito, éste debe efectuarse única y exclusivamente por medio de relaciones sexuales; es decir, que si no hay cópula carnal y se presenta el peligro de contagio o el contagio mismo por algún otro medio, como puede ser la transfusión sanguínea, los besos, la saliva, o el contacto con heridas por la vía cutánea, el ilícito del artículo 199 bis de nuestro Código Penal vigente no se integra.

En este punto es importante concluir que el legislador efectuó una redacción tautológica-

ca, en cuanto a los medios de comisión delictivo, porque el concepto venéreo implica, necesaria e irremediamente, que la transmisión de la enfermedad se dé por medio de la cópula carnal o relación sexual; medio de transmisión directa y dolosa que el legislador quiso penar, dada la naturaleza venérea de la enfermedad.

En consecuencia, es repetitivo y aún tautológico que en el mismo párrafo se incluyados conceptos que si bien son el género y el medio, tiene el mismo significado ("malvenéreo" y "por medio de relaciones sexuales"): transmisión de enfermedad por contacto sexual.

d.3.) En cuanto a los elementos normativos que implican una apreciación antijurídica de la conducta, ya sea de valoración jurídica o cultural, el delito de peligro de contagio requiere, por parte del juzgador, una apreciación de tipo normativo-cultural, en virtud de que para encuadrar la conducta al tipo se debe de apreciar, en forma concreta, que el sujeto activo esté realmente "enfermo de sífilis o de un mal venéreo", conceptos que implican que el Juez posee un bagaje cultural suficiente que le permite valorar la naturaleza, límites y alcances de dichas enfermedades.

d.4.) En este tipo penal, el legislador consideró

necesario e indispensable incluir, en su redacción, elementos subjetivos de lo injusto ya que al hacer referencia al vocablo "sabiendo" quiso dar relevancia al "animus" --dolo directo-, (fenómeno psíquico) que se requiere para que la conducta, de una persona enferma de sífilis o de algún otro mal venéreo, sea inculpaible.

- 26.- En cuanto a la clasificación del ilícito en estudio, en lo referente al orden del tipo, y de conformidad a los criterios propuestos por Fernando Castellanos-Tena, consideramos que el delito de peligro de contagio se le puede clasificar, a saber, de la siguiente forma:
- a) En cuanto a su composición: como un tipo anormal, porque en su redacción se incluyen elementos normativos de tipo cultural; es decir, la apreciación de los conceptos "sífilis y mal venéreo".
 - b) En cuanto a su ordenación metodológica: como un tipo fundamental o básico, en virtud de que no deriva de otro tipo penal.
 - c) En cuanto a su autonomía o independencia: es un tipo autónomo, porque tiene vida por sí mismo.
 - d) En cuanto a su formulación: es un tipo casuístico, en virtud de que en el tipo (y de hecho el concepto venéreo así lo sugiere), requiere que el ilícito se consume por medios específicamente delimitados; es decir, que el ilícito se perfecciona, únicamente y exclusivamente, por medio de la relación-

sexual].

- e) En cuanto al daño que causan, como tautológicamente su nombre nos lo reitera, es un delito de peligro, porque en él se tutela o protege la salud del sujeto pasivo, contra la posibilidad de ser dañado.

27.- Cuando no hay una perfecta adecuación de la conducta con la descripción del tipo delictivo, se dice que dicha conducta es atípica, y en consecuencia no puede ser sancionada por el legislador.

En relación al delito de peligro de contagio y en función directa a los elementos del tipo, consideramos que puede presentarse las siguientes hipótesis de atipicidad.

- a) Por falta de calidad en el sujeto activo.
- b) Por falta del Bien jurídico y/o del objeto material protegido por el tipo.
- c) Tal y como en la actualidad está redactado erróneamente el artículo 199 bis, se puede presentar una atipicidad por falta de referencias temporales.

Nosotros pensamos que no puede integrarse en la práctica una hipótesis de ausencia de tipicidad porque la sífilis u otra enfermedad venérea estén en período no infectantes, en virtud de que, de acuerdo a la patología clínica, dichas enfermedades son transmisibles en cualquier etapa de su de

sarrollo; aunque dicha transmisión sólo es probable si y sólo si, tales enfermedades, se encuentran en franca eliminación clínica, (no así el SIDA, que hasta el momento es incurable), probabilidad que no elimina, pero si refuerza el concepto de peligro de contagio.

d) Por falta de medios legalmente delimitados.

e) Por falta del elemento normativo-cultural exigido por el tipo, es decir, por no estar enfermo de si filis u otro mal venéreo, y

f) Por falta del elemento subjetivo de los injusto; - es decir, si no existe ese "animus" (dolo directo) o fenómeno psíquico que el tipo requiere para integrar una conducta ilícita.

ANTI JURICIDAD Y SUS CAUSAS DE LICITUD

28.- La antijuricidad es un elemento esencial del ilícito penal y que al no presentarse el ilícito no se configura; en consecuencia habrá antijuricidad cuando - siendo típica una conducta ésta no está protegida - por una causa de justificación, capaz de eliminar la antijuricidad formal tutelada por la norma penal.

29.- En consecuencia y de conformidad a la teoría dualista de Franz Von Liszt, habrá antijuricidad formal - cuando, mediante una conducta típica, hay una franca oposición a las Leyes del Estado; en tanto que habrá antijuricidad material cuando, mediante un acto típico, se dañan o se lesionan intereses particulares - o de la colectividad; es decir, se daña el bien jurf

dico tutelado por la norma.

Desde este punto de vista, afirmamos que al diferenciar la antijuridicidad formal de la antijuridicidad material (forma y fondo) no se sugiere el divorcio de una y otra antijuridicidad, sino que tan sólo se está recalcando el doble carácter que dicha antijuridicidad tiene y debe tener para valorar a una conducta como estrictamente antijurídica.

- 30.- Teniendo en consideración la dualidad de la antijuridicidad y la definición que aceptamos de la misma, - afirmamos que toda conducta típica es antijurídica y será antijurídica (por lo menos materialmente) aún y cuando esté protegida por una causa de justificación, en virtud de que esta causa de justificación tiene - el poder de suspender o eliminar, en el caso concreto, la antijuridicidad formal, pero nunca podrá eliminar o desaparecer la antijuridicidad material, y - menos aún en los delitos de resultado.
- 31.- Teniendo presente el dogma Constitucional "nullum -- crime, nulla poena sine lege", podemos afirmar que, - conforme a la errática redacción del artículo 199 -- bis, sólo podrá ser antijurídica aquella conducta - del sujeto activo que sabiendo que está enfermo de -- sfilis, o de un mal venéreo, ponga en peligro de -- contagio la salud de otro; redacción típica que al - parecer nos constriñe, de acuerdo al criterio del -- juzgador, a excluir o no sancionar la conducta dolosa de un sujeto infectado por el V.I.H., causante - del SIDA, en virtud de que esta enfermedad, hasta la fecha, no ha sido considerada formalmente como enfer-

medad venérea (aún y a pesar de que es una enfermedad que se transmite, en la actualidad y en mayor medida, por contacto homo y heterosexual).

- 32.- Las anteriores consideraciones nos llevan a afirmar que el artículo 199 bis, debe ser redactado en términos generales y no casuísticos, en virtud de que con su redacción mixta (casuística y amplia) y con la falta de comprensión del alcance del término venéreo, se deja la posibilidad de que no se sancionen a todos aquellos actos ilícitos de contagio y de peligro de contagio de enfermedades, presentes y futuras, que se transmitan, entre otras formas no sancionadas por el legislador, por el contacto sexual.
- 33.- Por lo que se refiere a la antijuridicidad material, consideramos que existe y se presenta en el momento en que un sujeto que padece cualquier enfermedad de tipo venéreo (que su modo de transmisión pueda ser sexual), pone en peligro o lesiona el bien jurídico protegido por el artículo 199 bis, es decir, la salud del sujeto pasivo.
- 34.- De conformidad a las características y requisitos -- que el artículo 15 del Código Penal vigente establece para la integración de las causas de justificación, integradas y esgrimidas para eliminar la antijuridicidad formal de los ilícitos, y de la naturaleza y el medio idóneo de consumación de la conducta -- del delito de peligro de contagio, podemos afirmar -- que:
- a) No es posible que se presente, en el caso concre-

to, la legítima defensa, ya que sería absurdo sostener que un sujeto activo del delito de peligro de contagio se vió en la necesidad de poner en peligro de contagio la salud de otro, como consecuencia de una repulsa a una agresión, real, actual, inminente y sin derecho.

- b) Tampoco es posible que se reúnan los requisitos para esgrimir el estado de necesidad.
- c) De la misma manera es imposible decir que se reúnen los requisitos para justificar una conducta ilícita, de peligro de contagio, por el cumplimiento de un deber marcado como tal en la Ley.
- d) Por lo que respecta al ejercicio de un derecho es claro que, para la integración de esta causa de justificación, la conducta del agente no sólo requiere que se realice al amparo de tal justificación, sino que también es indispensable que su ejecución se haga por la vía que la Ley, las normas sociales y de cultura, consideren como legítimas.

En este sentido, y en virtud de la naturaleza del delito de peligro de contagio, se podría pensar que en un matrimonio el cónyuge tiene, de acuerdo a los fines del matrimonio, derecho a la cópula y por tanto al realizarla ejercita un derecho. Al respecto podemos afirmar que el marido o la cónyuge que está enfermo de sífilis, SIDA o de algún otro mal venéreo, al tener conjunción carnal con su pareja no está ejercitando un legítimo derecho;

ya que éste no es legítimo en virtud de que, dicho ayuntamiento, implica un peligro para la salud de (el) (la) cónyuge o de sus descendientes, por lo tanto se lesiona o se pone en peligro el bien jurídico protegidos por el artículo 199 bis, es decir, la salud del sujeto pasivo.

Con estos antecedentes concluimos que el ejercicio de un derecho no se puede esgrimir, en el caso concreto, como causa de justificación.

- e) En las hipótesis, que la doctrina ha desarrollado, de obediencia jerárquica sostenemos que tampoco se puede fundamentar como causa de justificación.
- f) A pesar de que nuestro Código Penal no incluye (expresamente) el consentimiento del interesado como causa de justificación, consideramos que cuando lo injusto no existe, para el titular del bien jurídico tutelado, hay una ausencia de interés, pues supone el abandono consciente de su interés particular (sobre los que tiene legítima facultad de disposición).

En consecuencia, y de acuerdo a la anterior posición doctrinaria, sostenemos que en el delito de peligro de contagio sí se presenta el consentimiento como causa de justificación, pero sólo si se presenta entre cónyuges, en virtud de que la querrela necesaria -además de ser un requisito de procedibilidad- implica que al no tramitarse o al otorgar el perdón, una vez tramitada, el sujeto pasivo del ilícito otorga, tácitamente, su consen-

timiento para que la conducta "injusta" deje de ser lo y por lo tanto deje de ser sancionable, sacrificando, consciente y desinteresadamente, su interés particular.

Bajo estas circunstancias podemos concluir que ha sido un acierto, en relación a la doctrina, la posición adoptada por el legislador al redactar el artículo 199 bis, en la medida en que, por un lado, de dicha redacción se desprende que acepta el consentimiento -tácito- como causa de justificación, pero -limitándolo exclusivamente al peligro de contagio y si éste se presenta entre cónyuges (ya que el "riesgo" de contagio sí puede ser un derecho o interés particular de carácter renunciable); en tanto que, -por otro, dicha redacción nos constriñe a afirmar-- en relación a la redacción del artículo 292 y 315-- que cuando se trata del delito de contagio venéreo, aún tratándose de cónyuges, dicho consentimiento no opera como causa de justificación, en la medida en que el interés deja de ser particular, por lo tanto, disponible, para convertirse en un derecho de naturaleza social o colectivo de carácter irrenunciable.

LA IMPUTABILIDAD, LA CULPABILIDAD Y SU AUSENCIA.

- 35.- Consideramos que la imputabilidad, además de ser un elemento del delito, es un presupuesto de la culpabilidad, puesto que para que un sujeto sea socialmente responsable de su conducta necesita, primero, tener esa capacidad de querer y entender para conducir, con conocimiento y voluntad, su acto u omisión.

- 36.- Teniendo presente la anterior afirmación, consideramos que la imputabilidad es un estado de capacidad, - de salud psíquico-física o adecuado desarrollo mental de un sujeto, que le permite, al momento de realizar la conducta o hecho típico, representar el carácter - antijurídico de su acto, y en consecuencia responsabilizarse socialmente del mismo.
- 37.- Las llamadas acciones "liberae in causa" no constituyen un caso de inimputabilidad y sí, en cambio, vienen a ser una excepción a la regla de que el agente, - para ser responsable socialmente y ante el Estado, debe poseer, en el momento de la ejecución del ilícito, capacidad de entender y de querer, es decir, debe tener capacidad intelectual y volitiva.
- 38.- De conformidad con la parte infine de la fracc. II del artículo 15 del Código Penal vigente, es innegable -- que, por la naturaleza, o el medio idóneo para realizar la conducta descrita en el artículo 199 bis, se puede tratar de esgrimir cualquiera de las hipótesis que integran las acciones libres en su causa -pero de terminadas en cuanto a su resultado-, sin embargo --- ello no da cabida a considerar que el sujeto activo del delito de peligro de contagio deje de ser socialmente responsable, y por lo tanto culpable de su conducta.
- 39.- El concepto de imputabilidad no es un concepto que se pueda encontrar en forma expresa dentro de la ley positivista mexicana, sino que su definición se debe -- desprender, dogmáticamente, a partir de las normas -- que regulan dicha imputabilidad. Bajo esta circuns--

-tancia se infiere que si la imputabilidad es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho, y de determinarse espontáneamente conforme a esa comprensión, luego entonces la inimputabilidad -- presupondrá la ausencia de dicha capacidad, por padecer el inculpado trastorno mental (permanente o transitorio), miedo grave o desarrollo intelectual retardado.

- 40.- Dada la amplitud del contenido de los conceptos trastorno mental, ya sea en su modalidad transitoria o -- permanente, y desarrollo intelectual retardado, consideramos que si son dables de esgrimirse como causas de inimputabilidad en el delito de peligro de contagio, ya que cualesquiera de estas hipótesis no excluyen la capacidad sexual del sujeto activo del ilícito; en consecuencia puede existir la posibilidad de que algún trastornado mental -con tratamiento o sin el - pueda ser "objeto" de relación sexual, y por lo tanto imputado de ser sujeto activo del ilícito de peligro de contagio mismo. La misma situación puede esgrimirse en contra de un sujeto con desarrollo intelectual-retardado, como lo puede ser un ciego o un sordomudo, que carecen totalmente de instrucción, ya que por el hecho de estar en esa situación carecería de la posibilidad de considerarlo como imputable, en virtud de que al momento de consumir la conducta, carecería de la capacidad de querer y entender, y en consecuencia, representaría el carácter antijurídico de su acto.

Por lo que respecta al miedo grave, por la naturaleza de la comisión del ilícito, no creemos probable --

que una persona pueda ser sujeto activo del ilícito - de peligro de contagio por miedo grave, es decir capaz de tener relaciones sexuales en el preciso momento en que está sometido a una presión psicológica de tal naturaleza.

- 41.- Teniendo como marco conceptual la escuela psicologista de la culpabilidad y del método de investigación - basado en la tesis, antítesis y síntesis, de las posiciones doctrinarias de Porte Petit y Castellanos Tena, podemos afirmar que la culpabilidad radica en la relación intelectual y volutiva que existe entre el sujeto y sus actos.
- 42.- Actúa dolosamente aquel sujeto que:
- a) Ha efectuado un ejercicio mental previo de representación del hecho (a nivel de abstracción).
 - b) Ha efectuado un ejercicio mental previo de la significación del hecho en el ámbito antijurídico, - aún cuando esa significación sea de carácter leguleyo, y
 - c) Encamina su voluntad (querer), directa o indirecta, a la producción del resultado.
- 43.- En el delito de peligro de contagio se presenta el do lo directo cuando el sujeto infectado de sífilis, de SIDA o de cualquier otra enfermedad venérea, aún sabiendo que la padece, tiene relaciones sexuales con - el sujeto pasivo del ilícito y en consecuencia actúa con conocimiento de causa -es decir- con representación del hecho típico y con conocimiento de la signi-

ficación del mismo en el campo antijurídico- y con voluntad; es decir, realiza la conducta queriendo o - - aceptando que el sujeto pasivo corra el riesgo de ser infectado por la enfermedad venérea que padece.

- 44.- Por lo que respecta al dolo eventual o indirecto consideramos que, en el delito en estudio, sí se puede - presentar en aquella hipótesis en que una prostituta tiene relaciones sexuales con diferentes personas en un mismo día y aún y a pesar de que al comenzar el -- día se dió cuenta que uno de sus primeros clientes padecía alguna enfermedad de carácter venéreo, (con lo cual se crea la posibilidad de que ella se haya infectado por dicha enfermedad) decide seguir con su conducta y terminar la jornada teniendo más encuentros sexuales, creándose en consecuencia la posibilidad de que sus nuevos clientes corran el peligro de contagio, y ya que acepta como probable el resultado típico, -- luego entonces, se presenta el dolo eventual en el -- delito de peligro de contagio.
- 45.- En virtud de que la sífilis, el SIDA o cualquier otra enfermedad venérea son transmisibles, en cualquiera de sus periodos, luego entonces, en el delito de - peligro de contagio es bien claro que se presenta el dolo de consecuencia necesaria, con respecto al delito de lesiones por contagio venéreo, ya que la producción de dichas lesiones no será aleatoria, sino irremediable.
- 46.- Dada la prelación lógica que debe existir entre los diversos elementos y apartados que integran un ensayo - dogmático y que el delito de peligro de contagio re-

quiere, de acuerdo a su descripción típica, de ese -- "animus" o dolo directo, -derivado del vocablo "sa__ biendo"-, consideramos que en el citado delito no es posible que se presente la culpa inconsciente, sin re presentación o sin previsión, ya que sólo la presen-- cia de ese "animus" del agente hace que su conducta - sea inculmables.

En consecuencia, al faltar ese "animus" o esa circuns tancia que hace que el sujeto activo actúe "sabiendo", lo que se integra no es una inculpabilidad por falta de previsión, sino una atipicidad por falta de ese - elemento subjetivo de lo injusto tipificado.

- 47.- En virtud de que aceptamos como probable la presencia del dolo eventual, es posible aceptar que se puede -- presentar la culpa consciente, con representación o - con previsión, con una pequeña variante en nuestro - - ejemplo de dolo eventual, ya que en aquel el sujeto - activo acepta como probable el resultado típico y en la culpa consciente, con representación, o con previ sión, se tiene la esperanza de que no se presente di cho resultado típico.

Consideramos que ésta es la única hipótesis que se -- puede presentar de culpa consciente en este ilícito, - en virtud de que por la propia naturaleza del ilícito, es decir, por el hecho de que se agota o se consume - al integrarse la conducta (acto sexual), no puede ale garse que una persona que padezca sífilis, SIDA, o -- cualquier otra enfermedad venérea, actúo con culpa -- consciente, con representación o con previsión, espe rando que el resultado no se produjera, ya que este

delito quedó integrado o consumado en el mismo momento en que se tuvo la cópula carnal.

- 48.- Por lo que respecta a las causas de inculpabilidad, - en el delito en estudio, se puede presentar el error - de hecho, esencial e invencible de tipo, propiamente - dicho, y de Derecho, de permisión o prohibición indirectos, por recaer sobre la conducta o hecho típico, - sobre el objeto jurídico, sobre el sujeto pasivo, sobre el carácter legítimo de la conducta o sobre el carácter legítimo de la orden.

Por lo que respecta la coacción sobre la voluntad, -- vis compulsiva, puede esgrimirse como causa de inculpabilidad cuando se manifiesta como temor fundado e irresistible de que se presente un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, y siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial - al alcance del agente, con lo cual se propicia una situación de no exigibilidad de otra conducta. (En virtud de que el Estado no puede aspirar o exigir otra conducta que implique, para el actor, un acto de sacrificio o de heroísmo).

LA PUNIBILIDAD Y SUS EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

- 49.- Por lo que respecta a las condiciones objetivas de punibilidad pensamos que éstas sólo tienen relieve o importancia en el campo o requisitos de la punición, -- por lo tanto son intrascendentes para la configuración estructural del ilícito penal, en consecuencia - concluimos que todo delito estriba en una conducta o hecho típico, antijurídico, imputable, culpable y punible.

50.- Consideramos a la punibilidad como un elemento esencial del ilícito penal, y no como una consecuencia lógica de la conducta o hecho típico, por las siguientes circunstancias:

a) Porque consideramos que elemento es esencia y por consiguiente parte integrante del todo. De conformidad a los conceptos vertidos por Ignacio Villalobos -aunque él considera que la punibilidad es sólo una consecuencia- "esencia es necesidad; es no poder faltar en uno sólo de los individuos de la especie sin que éste deje de pertenecer a ella", y porque,

b) Consideramos que la norma (precepto y sanción) sin una pena privativa de libertad o pena pecuniaria, de conformidad a las partes que integran a dicha norma, no es más que un precepto meramente declarativo que, como sucede en el Derecho Internacional Público en donde no hay sanción alguna, tan sólo se convierte en puros buenos propósitos, en normas de carácter declarativo y de corativo, y/o en pura letra muerta.

51.- Por lo que respecta a la punibilidad en el delito de peligro de contagio, se puede apreciar que el legislador quiso que dicha conducta se sancionara exclusivamente, con una sanción de tipo penal, ya que en el artículo 199 bis, se establece que los infractores al mismo serán sancionados con una pena acumulativa de Privación de la libertad y con una multa de índole pecuniaria.

Por otro lado, y en virtud de que en el citado precep

to se establece que las anteriores sanciones se aplicarán "...sin perjuicio de las penas que correspondan si se causa el contagio", consideramos que se aplica erróneamente el criterio de acumulación material de las penas, ya que este sistema es propio y característico del concurso real o material de los ilícitos.

Para reafirmar nuestra posición, podemos decir que, si hacemos un breve análisis de la conducta del sujeto activo, claramente se puede observar que al realizar el acto sexual se consume una sola conducta, y con ella se pueden violar o cometer varios ilícitos, el de peligro de contagio y el de lesiones por contagio venéreo, en consecuencia se presenta el concurso ideal o formal, que de acuerdo a la teorfa y al primer párrafo del artículo 64 del Código Penal vigente, deberá ser sancionado con la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se debería aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración, -- sin que pueda exceder de cuarenta años.

52.- De conformidad a la errónea aplicación del sistema de acumulación material de penas y a la anatomía patológica de cada una de las enfermedades venéreas, el jugador podrá imponer la penalidad que corresponda en proporción directa al daño o la lesión producida en el sujeto pasivo y en función directa a que tal hecho se encuentra perfectamente encuadrado en cualquiera de las hipótesis previstas en los artículos 289, 290, 291, 292 y 293 del Código Penal vigente.

53.- El último estadio de la evolución de la sífilis y el-

contagio por SIDA, representa un problema para la dogmática jurídica en virtud de que estas enfermedades - pueden producir, a largo y a mediano plazo respectivamente, la muerte.

En este sentido y de conformidad con la redacción de la fracción II del artículo 302, tales enfermedades - no serán consideradas como mortales en virtud de que el desceso no ocurre dentro de los 60 días siguientes de haberse transmitido dichos males; en consecuencia - el juzgador sólo podrá aplicar las penas corporales - enmarcadas en el artículo 292 del citado ordenamiento, aún y apesar de que con las lesiones inferidas resulta una enfermedad segura, incurable y, en el caso específico del SIDA, produzca irremediablemente la muerte.

Bajo las anteriores consideraciones el juzgador sólo podrá considerar al SIDA como una enfermedad que pone en peligro la vida, aún y cuando clínicamente produzca, por el momento la muerte del sujeto infectado.

- 54.- Teniendo presentes las afirmaciones anteriores, consideramos que en los casos más graves de contagio venéreo (sífilis y SIDA), la acumulación puede dar lugar a la aplicación de una pena corporal hasta de 20 años de prisión, en virtud de que por las lesiones inferidas, el juzgador sólo podrá aplicar alguna de las penas -- previstas en el artículo 292, más una pena adicional - de 3 a 6 años de privación de la libertad por el hecho de que, dichas enfermedades, son las que se consideran que ponen en peligro la vida (artículo 293).⁴ En consecuencia y dado que las lesiones por contagio ve-

venéreo, de conformidad con el artículo 315, se presumen efectuadas con premeditación, es decir con una calificación que las agrava, puede imponerse una pena privativa de libertad de 14 a 16 años, que aunados a los 3 años que se pueden decretar por el propio delito de peligro de contagio puede representar una pena acumulada de 17 a 20 años de privación de la libertad.

- 55.- Afirmamos que la determinación de las penas para los casos más graves de contagio de sífilis y de SIDA son un problema teórico para la dogmática jurídica porque consideramos, por lo menos en los casos de contagio por SIDA, que en la conducta del agente activo puede existir ese "ánimus" o dolo directo de ocasionar, aun que sea a mediano plazo (promedio de 5 años), la muerte y que aún y cuando ésta no se produzca dentro de los 60 días siguientes de efectuado el contagio, sí puede considerarse como un medio perfectamente idóneo para la consumación de la conducta; es decir sí puede esgrimirse o ser factor directo para alcanzar la consecuencia de ese dolo directo.
- 56.- De las excusas absolutorias contenidas en nuestro Código Penal vigente consideramos que ninguna, hasta antes de la aparición del SIDA, servía de base al juez para otorgar una excusa absolutoria por el delito de peligro de contagio, o aún para los individuos acusados de lesiones provocadas por contagio venéreo, sin embargo, dadas las características del SIDA, consideramos que es innecesario, inhumano e irracional la aplicación de una pena para el sujeto activo del delito en estudio, en virtud de que está condenado, e irremediablemente, a morir en un plazo no mayor de 5-

años, es decir, está sujeto a sufrir grandes consecuencias en su persona. (Artículo 55 Código Penal).

Cabe hacer mención que la anterior afirmación no implica la renuncia a la posibilidad de aplicarle una medida de seguridad de las consignadas en el artículo 24 del Código Penal vigente y/o del artículo 404 de la Ley General de Salud, relativas a las medidas de seguridad sanitarias aplicables a quéllas personas -- contaminadas -contaminantes de alguna enfermedad - - transmisible.

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y EL DELITO DE PELIGRO DE -- CONTAGIO.

- 57.- Por lo que respecta a la naturaleza de las medidas de seguridad y a su diferencia con las penas, propiamente dichas, podemos concluir que ya como resultados accesorios, ya como círculos secantes, los fines de las penas y las medidas de seguridad pueden converger, algunas veces, en el tiempo y en el espacio, lo cual no implica que necesariamente sean idénticas, sino que - de hecho sus fines centrales o esenciales con claramente distintos.

En este sentido y dado un determinado delito, o una conducta criminal, consideramos como fines de las penas los siguientes:

- a) Es una sanción meramente represiva y/o retributiva, e intimidatoria.
- b) Se aplica por justa punición, retribución o castigo.
- c) Se impone a los hombres en función de su culpabili-

dad y su imputabilidad.

Por otro lado y dado, también, un determinado delito o una conducta criminosa, consideramos como fines de las medidas de seguridad los siguientes:

- a) Es una medida de prevención de conducta delictivas futuras.
 - b) Es una defensa para salvaguardar a la sociedad de futuros e inminentes males.
 - c) No se aplica como retribución, por lo tanto, no -- pretende ser un mal o castigo para quien se impone.
 - d) Se impone en función de la peligrosidad del agente, independientemente de que sea culpable o imputable, así como a los delincuentes habituales.
- 58.- En la medida en que nos pronunciamos por aceptar que las medidas de seguridad pueden ir desde la reclusión hasta una simple cuarentena sanitaria, debemos de aclarar que para que esta última medida no se confunda con una simple sanción administrativa hay - que complementar que cuando se impone en razón de una conducta delictiva -postdelictual- alcanza el rango de medida de seguridad, propiamente dicha;- en cambio cuando su imposición no deviene en razón de una conducta ilícita, -es decir, que se -- aplica única y exclusivamente por razones sanita-

-rias, luego entonces tan sólo alcanzará el grado de medida administrativa, aún y a pesar de que, de hecho, pueden tener la misma envergadura que aquéllas. Ejemplo claro de ésta última afirmación se puede observar cuando se impone una cuarentena o un aislamiento, por razones de una conducta ilícita (y en consecuencia decretada por un juez competente), en tanto que esa misma cuarentena o aislamiento puede ser impuesta, como medida administrativa, por una autoridad sanitaria.

- 59.- Entendida así la naturaleza dual de las medidas adoptadas para prevenir los delitos, podemos afirmar que dicha dualidad sólo se ha reconocido parcialmente en nuestra realidad jurídica, en virtud de que mientras que el internamiento y el tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos se han reconocido como medidas de seguridad (art. 24, --fracc. III del C.P.) y como medidas administrativas detectadas por autoridad sanitaria (art. 74, 75 y 76 de la Ley General de Salud; en cambio el aislamiento), la cuarentena y la observación personal sólo se han reconocido como medidas administrativas de seguridad, no obstante y a pesar de que tales medidas pueden ser consideradas, por un lado y en el estricto sentido de la palabra, como medidas de seguridad -si se aplican como resultado de un delito- y máxime en el caso concreto del delito de contagio o del contagio mismo de enfermedades como el SIDA, y por otro, de que son y pueden ser medios idóneos para prevenir y salvaguardar a la sociedad de conductas ilícitas y de futuros e inminentes males.

- 60.- Es importante hacer la observación de que de acuerdo-

a la dualidad de las medidas de seguridad, y de los fines que se persiguen con acciones como el aislamiento, la cuarentena o la observación personal, dichas medidas pueden ser medios idóneos para prevenir a la sociedad de males como la sífilis, el SIDA o cualquier otra enfermedad venérea (presentes y/o futuras) y en consecuencia, el principio de legalidad, nada nos impide que podamos aplicar estas medidas como medios post-delictuales; es decir, como medios de prevención aplicables a sujetos que hayan efectuado alguna conducta ilícita de peligro o de lesiones por contagio venéreo.

- 61.- En síntesis, afirmamos que en la determinación y aplicación de las medidas de seguridad post-delictuales se hace necesario e indispensable respetar el principio de legalidad o principio de la pena, lo cual se traduce en estricta interpretación analógica, en que sólo se podrá imponer una medida de seguridad si está prevista como tal en la Ley y es aplicada como consecuencia de presupuestos específicos que previamente quedaron incluidos en las normas penales. Bajo tales circunstancias la dualidad de las medidas de seguridad como el aislamiento, la cuarentena o la observación personal, debe de reconocerse, como tales, en nuestras normas penales.
- 62.- Esta última afirmación nos remite, necesaria e inexorablemente a la subgarantía del proceso, prevista en el párrafo 2o. del art. 14 Constitucional, ya que en ella se delimita el mecanismo que se debe de observar para la impartición de justicia y la cual nos construye a afirmar que las medidas de seguridad, al igual -

que la imposición de las penas, deben ser decretadas por órganos jurisdiccionales previamente establecidos, mediante la ventilación de un proceso. en donde se dé al procesado toda clase de garantías para que no quede en estado de indefensión y se enjuicie conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho.

- 63.- Con el anterior marco de referencia queremos afirmar que si una medida de seguridad -post delictual- es -- aplicada por una autoridad administrativa, aún y cuando se traten de cubrir todas las formalidades esenciales del procedimiento y de que se apliquen leyes expedidas con anterioridad al hecho, tales medidas podrán ser calificadas de anticonstitucionales, en virtud de que nuestra Constitución Política, en su artículo 21, establece la competencia de las autoridades administrativas para aplicar sanciones por las infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, pero nunca faculta a dicha autoridad para que imponga medidas de seguridad post-delictuales.

- 64.- Por lo que se refiere a la individualización de las medidas de seguridad, en el delito de peligro de contagio y el de lesiones por contagio venéreo, y por la -propianaturaleza y grado de avance de la ciencia médica, para el tratamiento y curación de las enfermedades venéreas, consideramos indispensable hacer una -- subclasificación:

- a) Para enfermedades como la sífilis o cualquier otra enfermedad que tradicionalmente se ha considerado o sea considerada como venérea, la aplicación de-

las medidas de seguridad serfa de tipo curativo.

- b) En tanto que para enfermedades incurables y/o mortales, presentes y futuras, de transmisión sexual - como en el caso del SIDA, la aplicación de las medidas de seguridad serfa de tipo aseguroativo.

65.- Afiramos que la causa más importante que fundamenta la falta de aplicación de las medidas de seguridad administrativa, por parte de la autoridad sanitaria, tiene sus orígenes en aspecto de índole ético y social, - en virtud de que el SIDA, de acuerdo al modelo de contagio occidental, era considerada casi exclusivamente como enfermedad de los homosexuales; aunque también - se inclufan, en menor escala a los bisexuales, fármaco-dependientes y hemofílicos; en consecuencia toda - aquella persona que se contagiaba de dicho mal, casi - en forma automática e inconciente, era considerado ho - mosexuales y por lo tanto rechazados y relegados del - mismo medio social que los rodea.

En la actualidad mucho se ha hablado, en los medios - de comunicación masiva, de que se ha presentado un -- cambio en el modelo de contagio de la enfermedad; es - decir, de ser un padecimiento casi exclusivo de los - homosexuales ahora se puede presentar en cualquier tí - po de relación heterosexual (hombre-mujer); sin embar - go, la fobia, rechazo y sarcasmo que se sentfa y maní - festaba por los miembros de este grupo de alto riesgo, se ha extendido a todos los individuos que padecen dí - cha enfermedad, sin importar el medio o mecanismo por el cual contraieron el virus, dándose en consecuencia que sean relegados o segregados del medio social en -

que se desarrollaban.

Para tratar de evitar este tipo de fenómenos sociales, consideramos que, las autoridades sanitarias han tratado de mantener en el anonimato a todas aquellas personas que padecen dicha enfermedad; y como cualquier tipo de publicidad los condena al rechazo social, también se ha evitado la aplicación de medidas administrativas de seguridad, porque en ellas no sólo convergen aspectos de prevención de salud, sino aspectos de tipo filosófico, ético, cultural, social, económico y humanitario.

- 66.- Las anteriores consideraciones, pensamos, no son suficientes ni justificadas para no aplicar las medidas de seguridad -propriadamente dichas-, si éstas devienen de una conducta dolosa del agente activo de los delitos de peligro y de lesiones por contagio de enfermedades como el SIDA, en virtud de que el aislamiento, la cuarentena y/o la observación personal serían medios asegurativos que por su naturaleza, por un lado, estarían encaminados a prevenir futuros y posibles males a los miembros de la sociedad y, por otro, sería la única forma legítima que tiene la sociedad para rechazar a sujetos por su conducta dolosa han ocasionado un daño a la misma.

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

- ARMIJO ROJAS, ROLANDO. "Epidemiología", Tomo II (Epidemiología Aplicada), ED.- Intermédica; Ed.-Primera edición,-- Buenos Aires, Argentina 1979.
- BARRITA LOPEZ, A. FERNANDO. " Medidas de Seguridad". Revista Mexicana de Justicia No.1; Vol. I, Enero-Marzo 1983. ED.-P.G.R., P.G.J del D.F., e INACIPE., Ed.- México 1983.
- CABANELLAS Y ALCALA-ZAMORA. " Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual"., Tomo V, ED.- Heliasta, Ed.- 1979, Buenos Aires Argentina.
- CARDENAS F., RAUL. "Derecho Penal Mexicano. Parte Especial". Tomo I, (Delitos contra la vida y la integridad -- corporal). ED.- JUS, Ed.- Primera edición, México 1962.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. "Derecho Penal Mexicano. Parte General". ED.- Porrúa, Ed.- Décimoquinta edición, México 1986.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL Y CARRANCA Y RIVAS, RAUL. " Código Penal Anotado". ED.- Porrúa, Ed.- Décima segunda -- edición, México 1986.
- CASTELLANOS TERNA, FERNANDO. " Lincamientos Elementales de Derecho Penal". ED.- Porrúa, Ed.-Vigésima edición, -- México 1984.
- GUELLO CALON, EUGENIO. " Derecho Penal. Parte General",-- Tomo I, ED.- Editora Nacional, Ed.- Novena edición, --- México 1953, y ED.- BOSCH, Ed.- Décimo sexta edición, -- Barcelona 1971.

- GOLDSTEIN, RAUL. "Diccionario de Derecho Penal". ED.-- Bibliográfica Omeba, Ed.- 1962, Buenos Aires, Argentina.
- HARANT, HERVE. "Las Epidemias. ED.- OIKOS Tau, Ed.- - Primera edición en lengua castellana, 1971 Barcelona-- España.
- JIMENEZ DE ASUA, LUIS. "El Criminalista". Tomo III; -- ED.- Víctor P. de Zavala. Ed.- 1960, Buenos Aires, Argentina.
- JIMENEZ DE ASUA, LUIS. "La Ley y el Delito- Principios de Derecho Penal". ED.- HERMES., Ed.- Tercera, corregida y actualizada, Buenos Aires, Argentina 1959.
- JIMENEZ HUERTA, MARIANO. "La Antijuridicidad". ED.- Imprenta Universitaria., Ed.- 1952, México.
- JIMENEZ HUERTA, MARIANO. "La Tipicidad". ED.- Porrúa,- Ed. 1955, México.
- JIMENEZ HUERTA, MARIANO. "Panorama del Delito. Nullum-crimen sine conducta", ED.- Imprenta Universitaria; -- Ed.- 1950, México.
- MAGGIORE, GIUSEPPE. "Derecho Penal". Volúmen I, ED.- - TEMIS. Ed.- Quinta edición, Bogotá, 1971.
- MAGGIORE, GIUSEPPE. "Derecho Penal". Volúmen II. ED.-- TEMIS, Ed.- 1951-1952.

- MEZGER, EDMUNDO. "Tratado de Derecho Penal". Tomo I y II, ED.- Revista de Derecho Privado. Ed.- Segunda edición, Madrid, 1935.
- PORTE PETIT C., CELESTINO. "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal". ED.- Porrúa, Ed.- Sexta edición, México 1982.
- PORTE PETIT C., CELESTINO. "Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal". ED.- Porrúa, Ed.- Séptima edición, México 1982.
- PORTE PETIT C., CELESTINO. "Ensayo dogmático sobre el Delito de Estupro". ED.- Porrúa, Ed.- Cuarta edición, México 1982.
- PORTE PETIT C., CELESTINO. "Ensayo dogmático sobre el Delito de Violación". ED.- Porrúa, Ed.- Cuarta edición, México 1985.
- PORTE PETIT C., CELESTINO. "Hacia una reforma del Sistema Penal", ED.- Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales No. 21; Ed.- Primera edición. 1985.
- PORTE PETIT C., CELESTINO. "Importancia de la Dogmática Jurídico Penal". ED.- Gráfica Panamericana, S. de R. L., Ed.- Primera edición, México 1954.
- PORTE PETIT C., CELESTINO. "Programa de la Parte General de Derecho Penal". ED.- UNAM., Ed.- Segunda edición, México 1968.

- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. "Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General". ED.- Porrúa, Ed.- Octava edición, México 1987.
- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. "Nociones de Derecho Penal Mexicano", Tomo II (Parte General). ED.- Ediciones del Instituto de Ciencias Autónomo, Ed.- Zacatecas, - 1964.
- RIGHI, ESTEBAN. "Medidas de Seguridad: Descripción legal, aplicación judicial y ejecución". Vol. 1, Enero-- Marzo 1983, ED.- P.G.R., P.G.J. del D.F., e INACIPE, - Ed.- México 1983.
- VELA TREVIÑO, SERGIO. "El Derecho Penal, la Salud y el SIDA o AIDS". Revista Mexicana de Justicia No. 3, Vol. IV, Julio-Septiembre 1986; ED.- P.G.R., P.G.J. del D.- F., e INACIPE, Ed.- México 1986.
- VILLALOBOS, IGNACIO. "Derecho Penal Mexicano. Parte General". ED.- Porrúa, Ed.- Segunda y cuarta edición, México 1968 y 1983, respectivamente.
- VILLALOBOS, IGNACIO. "Dinámica del Delito". ED.- JUS;- Ed.- México 1955.
- WINTROBE, THORN, ADAMS, BENNETT, HARRISON, BRAUNWALD, -- ISSELBACHER, PETERSDORF. "Medicina Interna", ED.- La -- Prensa Médica Mexicana; Ed.- Cuarta edición en español. segunda reimpresión-, México 1974.

"LEYES, DECRETOS, BOLETINES, FOLLETOS Y
PUBLICACIONES PERIODICAS".

- RABASA O. EMILIO Y CABALLERO, GLORIA. "Mexicano: éstas es tu Constitución". ED.- Cámara de Diputados del Congreso, de la Unión, LII Legislatura. Ed.- 1984.
- "Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal". D.O. 14 de Agosto de 1931.; ED.- Porrúa; Ed.- 42ava. edición, México 1986.
- "Ley General de Salud". D.O. 7 de Febrero de 1984.
- "Reglamento para la campaña contra las enfermedades venéreas". D.O. 8 de Febrero de 1940.
- "Reglamento para el registro, autorización y funcionamiento de los laboratorios de diagnóstico, de propiedad particular". D.O. 21 de agosto de 1941.
- "Jurisprudencia en materia de Salud Pública y Salubridad. Quinta época, 1917-1956". Cuadernos de Divulgación Legislativa, Vol. I- Núm. 14, México 1983, Secretaría de Salubridad y Asistencia.
- "Boletín mensual sobre el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida". (SIDA). Nos. 1 al 10 (Marzo - Noviembre de 1987.), Editado por la Dirección General de Epidemiología. Subsecretaría de Servicios de Salud, de la Secretaría de Salud, (S.S.A.).

- "CONASIDA", (Comité Nacional para la prevención del SIDA), El síndrome de inmunodeficiencia adquirida; Me di das P r e n s i v a m e n t i v a s ". Editado por la Dirección General - de Epidemiología. Subsecretaría de Servicios de Salud; de la Secretaría de Salud, (S.S.A.), México, D.F., junio de 1987.
- "Revista Proceso- CABILDO, MIGUEL." Los altos costos - hacen prever problemas para atender a Sidosos". Número 580, (1er. Congreso Nacional sobre el SIDA, organizado por la S.S.A., Cocoyoc - México), 14 de Diciembre - de 1987.
- "Enciclopedia Ilustrada Cumbre", Tomo 3, ED.- Cumbre,- S.A.- Ed.- Vigésima primera edición, México 1980.

"METODOLOGIA".

- BAENA PAZ, GUILLERMINA. "Instrumentos de Investigación; Manual para elaborar trabajos de investigación y tesis profesionales". ED.- Editores Mexicanos Unidos, S.A. - Ed.- 5a. edición, mayo 1981, México.
- MARGADANT S. GUILLERMO. "Consideraciones sobre la elaboración de tesis"., material fotocopiado, Facultad de Derecho, UNAM.
- MAX, HERMANN. "Investigación económica, su metodología y su técnica"; ED.- Fondo de Cultura Económica, Ed.- - Tercera edición, segunda reimpresión, México 1979.

- PARDINAS, FELIPE. "Metodología y Técnicas de Investigación en Ciencias Sociales", ED.- Siglo XXI, Ed.- Vigésimocuarta edición, México 1981.

- ZUBIZARRETA G., ARMANDO F. "La aventura del trabajo intelectual, (cómo estudiar y cómo investigar)". ED. - Fondo Educativo Interamericano, Ed.- abril de 1979, México.