



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN

“EL DELITO ESPECIAL FEDERAL PREVISTO POR EL
ARTÍCULO 466 DE LA LEY GENERAL DE SALUD”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

JORGE ALBERTO RODRIGUEZ ACOSTA

ASESOR: LIC. MARIO E. ROSALES BETANCOURT

JUNIO DE 2008



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AGRADECIMIENTOS

A lo largo de mi vida eh pasado diferentes circunstancias, ubicándome en momentos difíciles, así como inolvidables pasando de la felicidad a la melancolía pero siempre guardando un espíritu de perfeccionamiento que ha ido dando forma a mi persona, de las cuales eh tenido una gran variedad de aprendizajes, además de conocer a infinidad de personas que han ocupado un lugar en alguna parte de mi vida por lo que puedo dar gracias por su amistad apoyo y comprensión a mis grandes amigos Alfonso Amaro, Gabriel Huizar González y Gustavo García Villegas, con los cuales eh tenido vivencias inolvidables, dentro de mis estudios conocí a grandes personas que han dejado algo en mi vida a los cuales quiero agradecer a Carolina Flores Méndez, Omar Marure Troncoso, Jovan Montelongo de La Hoz y a mis grandes maestros que han sido un ejemplo ha seguir, a mi maestro Fernando Labardini Méndez el cual me enseñó que solo hay un objetivo en la vida y ese objetivo es ser feliz y a esa felicidad solo se llega perfeccionando a tu persona; Manuel Fagoaga Ramírez que su disciplina y conocimiento me hizo creer en el derecho y me enseñó que la vida siempre hay que disfrutarla. Pero solo, mi hermana fue un pilar muy importante y con la que quiero compartir este logro, además de agradecer, ya que me ha costado la vida, pero sin su apoyo y comprensión hubiera sido muy difícil llegar hasta este momento, solo que sin una persona que es la mas importante para mi en la vida, sin esa persona no hubiera podido estar aquí ya que el me ha dado todo, me ha hecho un hombre de bien, me ha dado felicidad, y lo mas importante me dio la vida y solo quiero decirle a mi **papa** gracias por todo.

GRACIAS POR TODO

INTRODUCCION.	I
----------------------	----------

**CAPÍTULO PRIMERO.
LOS DELITOS ESPECIALES FEDERALES.**

1.1. EL PODER PENAL DEL ESTADO.	1
1.2 TEORÍAS.	2
1.3. BASE JURIDICA.	6

**CAPÍTULO SEGUNDO.
LA LEY GENERAL DE SALUD.**

II.1 BREVE ANÁLISIS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.	47
II.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.	54
II.3. EXAMEN DEL CAPÍTULO REGULADORIO DE LOS DELITOS.	69

**CAPÍTULO TERCERO.
EL ARTÍCULO 466 DE LA LEY GENERAL DE SALUD.**

III.1. CONTENIDO.	86
III.2. ESTUDIO INTEGRAL.	91
III.3. POSTURA DEL SUSTENTANTE DE LA TESIS	94

**CAPÍTULO CUARTO.
ESTUDIO JURÍDICO DEL DELITO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL SIN
CONSENTIMIENTO DE LA MUJER.**

IV.1. CONDUCTA.	100
IV.2. TIPICIDAD.	112

IV.3. ANTIJURIDICIDAD.	117
IV.4. IMPUTABILIDAD.	123
IV.5. CULPABILIDAD.	129
IV.6. PUNIBILIDAD.	131
CONCLUSIONES.	134
BIBLIOGRAFIA.	136

I

INTRODUCCION.

La inseminación artificial, es el proceso por el cual los gametos masculinos, o espermatozoides, son recogidos e introducidos de forma artificial en el tracto genital femenino para conseguir la fecundación.

Hoy en día también se utiliza el esperma humano congelado para la inseminación, en general de un donante anónimo masculino, en el caso de parejas que deseen tener un hijo, cuando el varón es estéril.

Empleando espermatozoides congelados se consigue la fecundación en el 60% de los casos, mientras que con un semen fresco, la tasa de éxito alcanza el 90% de los casos. Ninguno de los dos métodos produce un aumento de anomalías congénitas, pero el semen congelado se deteriora con el tiempo.

De lo explicado, puedo considerar que para llevar a efecto la inseminación artificial, se requiere del consentimiento de la mujer a la cual pretende fecundar y si este no existe se esta cometiendo un ilícito.

El objetivo del presente trabajo consiste en analizar integralmente la inseminación artificial sin consentimiento de la mujer, a efecto de estudiarla como delito conforme a la Ley General de Salud, sin olvidar que también es causal de divorcio, conforme al Código Civil para el Distrito Federal.

II

En el primer capítulo se trata lo referente a los delitos especiales federales, en el segundo apartado analizo la Ley General de Salud, en el tercero llevo a cabo un breve estudio del artículo 466 de la Ley General de Salud que es la base toral del trabajo de investigación; en el cuarto capítulo se realiza un estudio integral dogmático del numeral aludido.

CAPÍTULO PRIMERO. LOS DELITOS ESPECIALES FEDERALES.

I.1 EL PODER PENAL DEL ESTADO.

El poder penal del Estado lo entendemos como la facultad y el deber del propio Estado de emitir normas jurídicas que tipifiquen conductas delictivas y proceder a la aplicación de tales normas a los casos concretos, sancionando con la pena correspondiente a los infractores de los mencionados preceptos, todo ello con el fin de hacer posible la adecuada convivencia social.

El concepto del poder penal del Estado ha sido objeto de múltiples estudios, disertaciones, teorías, etc., que han ido desde considerar este poder como una facultad absoluta del Estado, nacida del Derecho Natural hasta negar la legitimidad y validez de la citada facultad.

Es sabido que además del Código Penal Federal, existe un gran número tanto de leyes administrativas como de otra naturaleza, también de carácter federal, que contienen un capítulo de delitos, o algunas disposiciones relativas a delitos especiales.

En 46 leyes federales se tipifican delitos especiales, los cuales, en número, rebasan el doble de los contenidos en el Código Penal Federal.

Como lógica consecuencia, esta multiplicidad normativa carece de criterios uniformes para tipificar los delitos, fijar el monto de las penas, etcétera, observando los siguientes objetivos:

Que quien tenga necesidad de ello pueda conocer todo el universo de los delitos especiales federales.

Que se motive a los teóricos a estudiar el fenómeno y a buscar soluciones a su problemática.

Que se lleve a cabo una labor de simplificación legislativa, la cual se traduzca en la eliminación de normas repetitivas, de delitos superfluos y de tipos incorrectos.

Que se reconozca el imperativo de una planeación de la política criminal unificadora de todos los delitos, la cual, como resultado último, permita integrar en una sola ley penal, de modo técnico, ordenado, completo, orgánico y sistemático, todos los delitos federales, y de esa manera eliminar la dispersión y facilitar tanto su conocimiento como su aplicación, contribuyendo así a alcanzar seguridad y justicia.

I.2 TEORÍAS.

El distinguido jurista chileno E. Novoa Monreal manifiesta, de conformidad con la teoría pura del derecho elaborada por H. Kelsen, que el Derecho funciona como una técnica social destinada a inducir a los hombres a conducirse de determinada manera, y como técnica puede ser empleada con cualquier fin; y agrega que es posible llegar a concebir el Derecho como un puro instrumento de ordenación destinado a imponer un sistema de organización social elaborado por criterios externos a él.

Congruente con el criterio citado, el Derecho es un instrumento basado en concepciones e intereses políticos, económicos y sociales, manejado por quienes ejercen el gobierno, de tal suerte que el poder penal del Estado viene a ser un instrumento reducido del instrumento mayor que es el Derecho.

En un Estado democrático el poder político se origina en el conjunto de individuos que integran la población del Estado, la cual en todo

tiempo y mediante diversos mecanismos jurídicos y políticos intervienen en más de un sentido, inclusive a través de los medios de difusión en la elaboración de las leyes.

Por otra parte se sostiene que el poder penal del Estado se apoya en el Derecho Natural. En la Epístola de San Pablo a los Romanos se expresa:

...no hay autoridad que no venga de Dios y las que existan han sido establecidas por Dios... el que se rebele contra la autoridad, se pone en contra del orden establecido por Dios...

Las ideas que defienden y sustentan la existencia de un Derecho Natural han sido objeto de múltiples críticas y aún ataques, de tal suerte que se afirma que esas ideas están siendo abandonadas, inclusive por juristas católicos.¹

En este orden de ideas, Osorio y Nieto explica:

“Nosotros consideramos que la idea del Derecho Natural en alguna forma se encuentra en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, derivada de la Carta de las Naciones Unidas, y en otros instrumentos internacionales reconocidos por la mayoría o la totalidad de los países miembros de la ONU; también en opinión personal, la idea de un Derecho Natural se encuentra implícita en los actuales movimientos, corrientes, teorías y agrupaciones defensoras de los derechos humanos.

“La anterior afirmación la hacemos en el sentido de que los instrumentos internacionales y los de la defensa de los derechos humanos a que hemos aludido, pueden tener un principio de Derecho Natural no originado por la divinidad, pero sí por la naturaleza, la

¹ Autor citado por OSORIO y NIETO, César Augusto. Delitos Federales. 3ª. Edición. Editorial Porrúa. México 1998. Págs. 3 y 4.

naturaleza del hombre; la naturaleza del poder, la naturaleza de la sociedad.

“Otras opiniones que se han vertido en torno a este tema aluden a una contradicción entre el Estado como titular de la coerción jurídica penal (poder penal) y la libertad individual que el propio Estado debe reconocer y garantizar; se ha expresado que la idea de un poder penal del Estado es propio de regímenes totalitarios y no es compatible con los Estados democráticos modernos; algunas teorías criminológicas afirman que el Estado no tiene un poder penal, un "derecho de castigar" al delincuente, por el contrario, tiene un "deber de resocializar" al que efectúa una conducta delictiva; existe la opinión de que la noción de poder penal del Estado tiene un contenido altamente ético, lo cual no es compatible con el Derecho Penal científico”.²

Para el autor de mérito:

“Las diversas corrientes de pensamiento que se oponen, cuestionan, objetan o ponen en duda el Poder Penal del Estado, con todo el respeto y la consideración que toda opinión merece, estimamos que carecen de fundamento, de validez, tanto en lo individual como en lo social.

“Cuando los impugnadores del Poder Penal del Estado y del mismo Derecho Penal manifiestan que "es deseable para el futuro, no un mejor Derecho Penal, sino algo mejor que el Derecho Penal", sólo están expresando un deseo, en nuestra opinión una crítica, pero no proponen alternativas, innovaciones, transformaciones o mejoras a un sistema, consideramos que esta postura no es válida.

Por otra parte, en opinión personal, algunas teorías, carecen de profundidad, se orientan más a cuestiones de terminología que de

² Íbidem. Págs. 4 y 5.

fondo; esto en nuestro particular enfoque queda demostrado con evidencia plena con lo antes citado respecto a la afirmación doctrinaria en el sentido de que el Estado no tiene "facultad de castigar" (poder penal), sino "deber de resocializar"; de inmediato nos surge la pregunta respecto a si tal afirmación realmente modifica una situación real y concreta, si tiene o no un contenido profundo, de fondo y consideramos que la respuesta es totalmente negativa, habida cuenta de que finalmente el infractor de la norma penal se encuentra privado de su libertad (en los casos de pena de prisión) e ignora y tal vez no le importa si es una situación punitiva o resocializadora en la que se encuentra inmerso".³

El Derecho, como es sabido, regula relaciones humanas y la nota esencial de esta regulación es la coacción exterior, de estas relaciones humanas, ya convertidas en jurídicas, algunas deben estar más enérgicamente tuteladas por la trascendencia, el valor del bien jurídico protegido, su relevancia individual y social, en este caso nos encontramos ante una relación humana protegida por la norma jurídica penal, lo cual consideramos que es totalmente justificado, explicable y sobre todo indispensable para el desarrollo de la vida comunitaria.

Además para esta adecuada vida en sociedad se requiere la actitud y conducta respetuosas, disciplinadas y ordenadas de sus integrantes, los individuos, quienes son, a su vez los beneficiarios de este orden y disciplina, cuando es violado el orden social se lesionan múltiples intereses y bienes jurídicos protegidos y es evidente e indiscutible que ante el ataque al orden social debe producirse la reacción del Estado, la respuesta, que no es otra que el Poder Penal del Estado.

El Poder Penal del Estado no debemos entenderlo exclusivamente como una función sancionadora, punitiva; es esencialmente

³ Idem. Págs. 5 y 6.

protector, si el Poder Penal del Estado sanciona, es finalmente para proteger el orden social, en beneficio colectivo.

Para Osorio y Nieto, es oportuno, en este orden de ideas, recordar lo manifestado por Novoa Monreal al respecto, el cual expresa su pensamiento en relación a las críticas e impugnaciones al Poder Penal del Estado, en los siguientes términos.

Pero hay dos puntos que ponen obstáculo a ello: por un parte, el hecho de que hasta ahora ningún Estado haya renunciado jamás a tal derecho ni haya probabilidades reales de que alguno vaya a hacerlo el futuro y por nuestra reacción subjetiva ante muy graves crímenes. ¿No merecen éstos ser tomados en cuenta para la resolución del problema? ⁴

I.3 BASE JURÍDICA.

El artículo 26 constitucional consagra la planeación como forma obligada de llevar a cabo la actividad gubernamental encaminada a alcanzar el desarrollo nacional, con un crecimiento sólido, dinámico, permanente y equitativo de la economía, a fin de mantener la independencia y una creciente democratización política, social y cultural de la Nación.

El mismo precepto constitucional precisa que los objetivos de la planeación estarán determinados por las finalidades del proyecto nacional contenidas en la Constitución.

También establece que debe haber un Plan Nacional de Desarrollo al que se sujetarán los programas de la Administración Pública Federal, y consagra un sistema de planeación democrática, previniendo que se incorporarán al Plan y a los programas, las aspiraciones y demandas de la sociedad, las cuales se habrán de recoger mediante

⁴ LOC. CIT. Págs. 6 y 7.

la participación de los diversos sectores sociales por la vía de los procedimientos de consulta popular.

Se determina, además, que la formulación, instrumentación, control y evaluación del Plan y de los Programas de Desarrollo se hará conforme a los criterios que el Ejecutivo está autorizado para establecer, y que él mismo determinará los órganos responsables del proceso de planeación.

De acuerdo con la Ley de Planeación, a las Secretarías de Estado les atañe intervenir en la planeación nacional, concurriendo a la fijación de los objetivos y las prioridades e interviniendo en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo, en las materias que les corresponden por razón de su competencia.

Ahora bien, aun cuando en el artículo 8°. se habla de los Secretarios de Estado y en los artículos 9°. y 16 se alude a las dependencias de la Administración Pública centralizada, sin hacer referencia expresa a la Procuraduría General de la República, es indudable que a ésta, en su calidad de dependencia del Gobierno Federal, le corresponde intervenir en la planeación nacional respecto de la materia de su competencia.

La propia Ley de Planeación preceptúa que las dependencias de la Administración Pública Federal tienen el deber de planear y conducir sus actividades con sujeción a los objetivos y las prioridades de la planeación nacional del desarrollo.

La ley asigna a las distintas dependencias de la Administración Pública el deber de promover la participación y consulta de los diversos grupos sociales para que expresen sus opiniones para la elaboración, actualización y ejecución del Plan y de los Programas.

Debe tenerse muy en cuenta el principio administrativo de la especialización, el cual, a su vez, se integra por la conjunción de otros dos: el de eficiencia y el de orden.

El primero de ellos enuncia que el Ejecutivo debe estar integrado por diversas dependencias auxiliares encargadas de realizar funciones específicas, y, el segundo establece que cada dependencia debe llevar a cabo sólo lo que funcionalmente le corresponda, sin invadir la esfera de competencia de las otras dependencias.

En el Plan Nacional de Desarrollo 2000-2006, se afirma que dicho Plan responde a la voluntad política de enfrentar los retos actuales del desarrollo del país con decisión, orden y perseverancia, y con la más amplia participación de la sociedad.

Destaca dentro del Plan la expresión: "...la construcción de una sociedad que, bajo los principios del Estado de derecho, garantice libertades individuales y colectivas en un sistema integral de democracia y en condiciones de justicia social...", propósito determinante del presente trabajo.

En el Plan se recoge la exigencia social de una reforma jurídica integral y se propone, entre otras acciones, llevar a cabo la revisión integral y la actualización del sistema jurídico nacional.

Esto se ha llevado a cabo en relación con el Código Penal Federal, empero consideramos que es importante que se inicie, con la participación de la sociedad, la reforma jurídica en materia de delitos especiales.

Una amplia participación social es especialmente importante en el campo de la política criminal, en virtud de que las concepciones del crimen y de su castigo obedecen todavía a una actitud dramática y

ritualista en la cual predominan los impulsos agresivos de autodefensa.

La actual administración pública federal ha declarado que considera actividad prioritaria la procuración e impartición de justicia, como culminación de una enérgica exigencia popular que trajo como consecuencia un compromiso explícito del Estado.

De ahí que se haya aprobado un Programa sobre Procuración e Impartición de Justicia que se fijó tres objetivos:

Instaurar una reforma jurídica idónea para instrumentar un derecho moderno y justo;

Reorientar a fondo las instituciones que procuran e imparten justicia;

Modificar la formación y la conducta de los servidores públicos que realizan su actividad en los órganos de procuración e impartición de justicia.

En lo que toca a la reforma jurídica se han dado cambios en el derecho positivo mexicano, numerosos y profundos, pero a pesar de los avances, hay sectores de la legislación nacional que sufren una gran dispersión, que adolecen de criterios uniformes y que presentan un alto grado de obsolescencia, como sucede con los delitos especiales.

Resulta conveniente hacer una evaluación de la materia, porque bajo la responsabilidad del órgano del Estado a que debe ser asignado el proceso de planeación en este campo, se realice un programa específico de reforma jurídica a fin de modernizar y hacer más justo el derecho penal especial federal.

Para incorporar al programa de referencia las aspiraciones y demandas del Estado, deberá realizarse una consulta popular sobre el tema en la que se habrá de impulsar la participación de los diversos sectores sociales.

De acuerdo con el artículo 4, fracción I de su Ley Orgánica, a la Procuraduría General de la República le corresponde: ". ..la participación, conforme al artículo 26 constitucional, a la Ley de Planeación y al Plan Nacional de Desarrollo, en el estudio, la promoción y la ejecución de programas y acciones correspondientes a procuración e impartición de justicia. ..". y conforme al Plan Nacional de Desarrollo, el Programa de Procuración e impartición de Justicia incluye la "Reforma jurídica para construir un derecho moderno y justo".

Como consecuencia de todo lo anterior, es evidente que la Procuraduría General de la República es la entidad del Gobierno Federal responsable de la planeación de la política criminal, la cual debe tener un apartado relativo a los delitos especiales.

La planeación responde a un sentimiento humano de organización que se va ampliando a medida que el hombre avanza en su proceso de toma de conciencia y desarrollo.

Actualmente se siente ya la necesidad de acudir a planear la reacción del Estado contra la criminalidad.

La criminalidad, entendida como el fenómeno social cuya expresión cuantitativa es la suma de los delitos individuales, exige una reacción por parte del Estado que procure eficazmente la defensa social, dicha actividad debe planearse en correlación con la planeación del desarrollo nacional.

Aunque la planeación del desarrollo se oriente fundamentalmente hacia la economía, dado que existe una relación estrecha entre condiciones económicas y criminalidad, sabemos que la criminalidad no se reduce de manera automática simplemente por el mejoramiento de las condiciones económicas, es preciso realizar una planeación específica de la reacción del Estado contra la criminalidad como parte de la planeación general económico-social.

La planeación se debe entender como una operación política y técnica mucho más compleja que una mera reforma que tienda sólo a corregir, revisar o aminorar lo que ya existe sin alterar básicamente su naturaleza; la planeación tiene la finalidad de lograr una transformación dirigida, de un lado, hacia las condiciones generales de las cuales forma parte la justicia, entendida ésta como una necesidad socio política, y, de otro lado, hacia las instituciones, los servicios y los medios directamente relacionados con esas condiciones de vida.

De ahí que se pueda definir como planeación de una política criminal, la sistematización socio política y técnica de las prioridades, las actividades y los medios dirigidos a la implantación de una política criminal de índole social.

Para poder realizar una planeación eficaz, se deben tener en cuenta los recursos de que se dispone y las circunstancias sociales, económicas y políticas, así como los niveles de educación; se deben, también, conocer los factores criminógenos, las tendencias delictivas y las técnicas para influir en el comportamiento humano a fin de prevenir y controlar el crimen.

La planeación debe ser realista, es decir, debe estar apoyada en los hechos y en las relaciones científicamente verificadas, se debe conformar a las necesidades actuales de una colectividad. Además,

la planeación debe tener la posibilidad de ser realizada con los medios de que se dispone.

Se debe planear porque las necesidades sociales son mayores que los escasos recursos con que se cuenta para satisfacerlas.

En particular, se debe planear la política criminal porque la extensión de la criminalidad detectada y sus cifras negras demuestran lo inadecuado de la política criminal, en relación con las necesidades actuales.

La planeación de una política criminal en el contexto del desarrollo nacional consistiría en la preparación racional de los objetivos y de los medios necesarios para realizar un sistema de prevención, de control y de contención de la delincuencia, que sea justo desde el punto de vista de las personas y eficaz desde la perspectiva de la comunidad nacional.

Como la política criminal constituye una herramienta para alcanzar el bienestar social, no puede ser encarada de manera autónoma, sino que debe estar integrada en el conjunto del desarrollo social, económico y político.

La política criminal, entendida como parte del quehacer del gobierno orientado a integrar, ordenar, sistematizar, estructurar y adecuar los medios que tiene el Estado para emplearlos en la lucha contra el delito, tiene como finalidad la justicia penal; y en su organización y estructura han de influir la extensión, características y tendencias de la criminalidad.

Los medios con que cuenta el Estado en su lucha contra la delincuencia constituyen un sistema que está integrado, básicamente, por el Código Penal Federal, las demás leyes que establecen delitos y penas, el Código Federal de Procedimientos

Penales, la Policía Preventiva, los órganos de Procuración de Justicia, el Poder Judicial, los órganos de readaptación social, la participación popular y la colaboración comunitaria.

Ahora bien, de la planeación de la política criminal, como un todo, debe formar parte, sin duda, la planeación de la política criminal en materia de delitos especiales.

Los proyectos de ley son preparados cada uno, por las respectivas Secretarías de Estado a las cuales corresponde el despacho de los asuntos de la materia administrativa a que se refieren los ordenamientos, dichos proyectos, en lo que toca a los tipos, son elaborados con criterios diversos en cuanto a la tipificación, los montos de las penas y el diseño de las normas especiales; sin considerar el aspecto de eficacia.

En relación con este tema de los proyectos de ley, nos hemos preguntado siempre si en un Estado de derecho, si en un régimen de planeación democrática, como el nuestro, son válidas las tesis siguientes que se han venido sosteniendo implícitamente:

Que, en sus proyectos de ley, cada Secretaría de Estado está en libertad de manejar "sus" delitos con autonomía de perspectiva y de criterio, como algo aislado y desconectado del resto de los delitos especiales e, incluso, de los delitos en general;

Que el legislador es enteramente libre para crear estos delitos dentro del Código Penal o en capítulos especiales de las leyes administrativas;

Que el legislador también tiene entera libertad para considerar una conducta determinada como infracción administrativa u optar por elevarla a delito. Que todo ello depende sólo de una decisión de política criminal y, en particular, de política legislativa;

Que las expresiones "política criminal" y "política legislativa" autorizan a los órganos del Estado a manejar el campo de manera arbitraria.

Debe existir una planeación de la política criminal que unifique los diferentes tipos, los incluidos en el Código Penal y los que se encuentran tipificados en las leyes administrativas, que, además, deba haber un responsable único de tal planeación y de tal política, y que, finalmente, la voluntad del Estado debía estar sometida a determinadas normas de orden administrativo, a algunos principios de política y a ciertas reglas de técnica legislativa, decidimos investigar si existía tal planeación general y un solo responsable de ella, y si existían dichos principios, normas y reglas.

El método más adecuado puede ser el deductivo y el plan de trabajo idóneo, el de precisar el marco teórico derivado del orden jurídico vigente y de la doctrina comúnmente aceptada; que este marco teórico se contraste con todo el universo de los delitos especiales para, como resultado útil, extraer algunas conclusiones.

La Constitución Política de México contiene principios fundamentales que orientan a nuestro sistema jurídico y político, por ello, nuestros conceptos de Estado y de derecho deben estar en relación con el contenido de la Constitución.

Esta, por tanto, define la orientación del sistema penal y de la política criminal que debe darse en nuestro contexto social, y constituye el parámetro de validez del derecho penal.

El nuestro es un Estado de derecho, un Estado gobernado por el derecho, es decir, su funcionamiento se debe llevar a cabo a través de los cauces jurídicos, requisito obvio de cualquier Estado moderno, que se caracterice por seguir una serie de principios, los cuales por

una parte, constituyen autolimitantes al poder del propio Estado y, por otra, se traducen en garantías para los individuos.

El nuestro, como Estado de derecho no sólo tiene un orden jurídico al que debe ceñirse, sino que, también reconoce y respeta los derechos humanos y por esa razón se autolimita.

Además, concibe al hombre como fin en sí mismo, como ser racional con las características inherentes a su naturaleza humana. Tal reconocimiento y respeto de los derechos humanos lo hace el Estado a través de los cauces formales, o sea, de su consagración en el orden jurídico. Pero la libertad, igualdad y demás derechos que supone el Estado de derecho no deben manifestarse únicamente en el plano formal, sino también, y sobre todo, en el plano material, en la realidad social, económica, jurídica, es decir, debe buscarse la correspondencia entre dichos planos.

Por otro lado, en el Estado de derecho tanto el Estado como el derecho han de ser el producto de la voluntad general, concepción que plasmada en la Constitución en el principio democrático o de la soberanía popular, no debe constituir, solamente, una categoría abstracta o puramente retórica, sino que ha de producir resultados normativos en los planos formal y material.

Jesús Reyes Heróles explica que por Estado de Derecho se entiende básicamente aquél Estado cuyos diversos órganos e individuos miembros se encuentran regidos por el Derecho y sometidos al mismo, predominando en consecuencia la regulación y control del poder y de su actividad por el Derecho.

El Estado de Derecho contrasta con todo poder arbitrario y se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto o totalitario, como ocurriría con el Estado policía cuya característica consiste en otorgar facultades discrecionales excesivas a la administración, para

hacer frente a las circunstancias y conseguir los fines que ésta se proponga alcanzar.⁵

Para Hans Kelsen un Estado no constituye más que la personificación de un orden jurídico específico, el cual ha alcanzado cierto grado de centralización, por ello todo Estado no sujeto a Derecho es impensable, en virtud de que sólo existe en actos realizados por hombres y en virtud de estar determinados éstos actos por normas jurídicas, el Estado adquiere caracteres de persona moral.⁶

En esencia, el estado de Derecho, es una fórmula relativamente reciente en el Derecho Constitucional, con la que se quiere significar que la organización política de la vida social, el Estado, debe estar sujeta a procedimientos regulados por ley.

El concepto de Estado de Derecho culmina una larga evolución histórica cuyos inicios se pueden situar en los orígenes mismos del Estado constitucional. Es el resultado final de la suma de una serie de elementos que han surgido en un proceso de lucha y que han supuesto la ampliación de su base material. Tres momentos fundamentales se pueden distinguir en su formulación hasta alcanzar el sentido que tiene en la actualidad.

En el primer momento se luchó para que el Estado, personificado en el monarca y en las instituciones en que se fundamenta (burocracia, ejército y aristocracia), se sometiera en el ejercicio del poder a formas jurídicas bien establecidas, reglas generales, dadas con el consentimiento de la representación de la sociedad (en el Parlamento), discutidas y públicas. En esta primera acepción supuso ya el reconocimiento de los derechos fundamentales de los

⁵ Cfr. REYES HEROLEZ, Jesús. Apuntes sobre la idea del Estado de Derecho. Revista del trabajo. México 1947. Págs. 76 y 77.

⁶ Cfr. KELSEN, Hans. Teoría pura del Derecho. Traducción de Roberto Vernengo. Editorial U.N.A.M. México 1979. Págs. 314 y 315.

ciudadanos: libertad civil, igualdad jurídica, independencia del poder judicial y garantía de la propiedad. En un segundo momento, el Estado de Derecho implicó también la extensión del control judicial a la actividad administrativa. A finales del siglo XIX se produjo un fuerte debate en torno a esta cuestión, que cristalizó con el desarrollo de la administración contencioso-administrativa, encaminada a romper la impunidad del Estado ante sus propias acciones. El tercer momento se inició después de la I Guerra Mundial. El concepto de Estado de Derecho pasó a incluir la legitimación democrática del poder del Estado, que también tiene que estar sometido a norma jurídica.

Por tanto, el Estado de Derecho supone el reconocimiento de los derechos personales (imperio de la ley), la responsabilidad del Estado y la legitimación democrática del mismo.

En mi opinión, la organización estatal debe basarse en una estructura jurídica, y logrará el Estado de Derecho, a partir del momento en que los integrantes de la comunidad se sometan a las normas legales, creadas para el efecto de regular la convivencia entre los individuos.

Según el profesor J. Jesús Orozco Enríquez, aún cuando existen antecedentes poco claros sobre la idea de Estado de Derecho, entre los griegos y romanos, se debe considerar que es el alemán Roberto Von Mohl, el primero en utilizar tal expresión en su sentido moderno durante el tercer decenio del siglo XIX.

Como resultado de la influencia del constitucionalismo liberal burgués, la expresión "Estado de Derecho" adquirió una connotación técnica y se identificó con un ideal político específico, utilizándose para designar cierto tipo de Estado que se estimaba, satisfacía las exigencias de democracia y seguridad jurídica.

La ilustración francesa y el ideario del constituyente norteamericano se encargarían de recoger las principales tesis del sistema constitucional inglés, es decir, supremacía del derecho, limitación y racionalización del poder, división de poderes y protección judicial de los derechos y libertades fundamentales.⁷

Gran parte del constitucionalismo mexicano del siglo XIX estuvo altamente influido por el ideal liberal burgués del Estado de Derecho, sistema en el cual la distribución y control del ejercicio de poder entre varios detentadores era su característica principal, así como la supremacía de la constitución que habría de ser escrita y rígida, estableciendo competencias de los diversos órganos titulares del poder estatal, el sometimiento de la administración estatal a la ley, la cual debía ser creada y derogada por un órgano popular representativo, trayendo consigo la vigencia de un control judicial adecuado; el establecimiento de ciertos derechos y libertades fundamentales.

Todo lo anterior debía traer consigo la instrumentación de las garantías constitucionales correspondientes, con el fin de conseguir la regularidad de los actos estatales, con las propias normas jurídicas, así como aquellas medidas encaminadas a la limitación y racionalización del poder, sobre todo a garantizar la sujeción de los órganos estatales al derecho.⁸

Lo antes señalado, se plasmó en la Constitución de 1857, que a decir de los estudiosos de nuestro derecho constitucional, ha sido la que ha conjuntado a los hombres mejor preparados de esa época, de tal manera que varios de los principios ahí establecidos tuvieron vigencia igualmente en la Constitución que actualmente nos rige.

⁷ Cfr. OROZCO ENRIQUEZ, Jesús. Teoría del Estado. Edición del autor. México 1970. Págs. 48 y 49.

⁸ Ibidem. Pág. 50

A principios del siglo XX, la idea del Estado de derecho clásico, individualista y liberal, ha evolucionado hacia lo que se ha llamado Estado Social de Derecho, cuyo objeto es adaptar las estructuras jurídicas y políticas a las nuevas necesidades del desarrollo técnico, social, económico, político y cultural.

El concepto de Estado Social, pretende superar las deficiencias del individualismo clásico liberal, caracterizado por el abstencionismo estatal, a través del reconocimiento y tutela de ciertos derechos sociales y la realización de objetos de bienestar y justicia sociales.

El Estado Social de Derecho, se caracteriza por su creciente participación en las actividades económicas, sociales, políticas y culturales, en la cual existe un ejecutivo fuerte pero controlado para coordinar y armonizar los diversos intereses de una comunidad pluralista, redistribuyendo los bienes y servicios, en busca de justicia social.

El Estado Social de Derecho, conserva las características del Estado de Derecho, concretamente la sujeción de los órganos estatales al Derecho y el que las leyes emanen de un órgano popular representativo. La distribución y control del ejercicio del poder político, la legalidad de la administración y un control judicial suficiente, igualmente la garantía de los derechos y libertades fundamentales.

Sin lugar a dudas, las instituciones ya apuntadas requieren ligeras modificaciones, a efecto de dar cumplimiento a los objetivos económico-sociales del estado Social de Derecho, por ello, para poder afirmar que estamos en presencia de un Estado Social de Derecho, se requiere que el mismo satisfaga, además de sus

objetivos sociales, las exigencias que se han considerado propias del Estado de derecho.⁹

La positivización del Estado Social de Derecho, surgió de manera incipiente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, iniciándose la etapa de lo que se ha calificado como Constitucionalismo social, la cual fue continuada en la primera postguerra por la Constitución alemana de Weimar, expedida en 1919 para lograr después el “new deal” norteamericano y después de la segunda guerra mundial se impone en gran parte de los países desarrollados occidentales.¹⁰

Debemos destacar que si bien es cierto, el texto original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, consagró diversos derechos sociales, en realidad no puede considerarse insertado plenamente dentro de la democracia social contemporánea, ya que en la época en la cual se redactó, representaba más bien una etapa de transición entre el constitucionalismo clásico, liberal e individualista del siglo XIX, y las nuevas corrientes socializadoras de la primera postguerra, además de que la propia situación económico-social del país se caracteriza por una población predominantemente agrícola y una débil industrialización.

Podemos concluir que es evidente la transformación e industrialización de nuestro país, lo cual ha traído igualmente un cambio en las disposiciones referentes al Estado Social de derecho, las cuales son más acordes con el texto constitucional, sin embargo lo ideal será que la producción de normas jurídicas se desarrolle paralelamente con una aplicación práctica y real de las normas de referencia.

⁹ Cfr. SCHMILL ORDOÑEZ, Ulises. El sistema de la Constitución mexicana. 2ª. Edición. Editorial Porrúa. México 1997. Págs. 53 y 54.

¹⁰ Cfr. TAMAYO SALMORÁN, Rolando. Introducción al estudio de la Constitución. Editorial U.N.A.M. México 1979. Pág. 26.

El Estado de Derecho, como ya se explicó es aquél que se apega a las disposiciones jurídicas existentes, y es expositivo, hasta cierto punto estático; en tanto, el Estado Social de Derecho es más dinámico en virtud de que su aspiración de conseguir la justicia social, lo lleva a que tomen vida aquellos postulados eminentemente teóricos del denominado Estado de Derecho.

Resulta muy común escuchar el comentario referente a la necesidad de seguir conservando el Estado de Derecho, o bien que determinada actitud de la población o de un sector de ésta va en contra de lo que conocemos como el Estado de Derecho, y son fácilmente entendibles tales afirmaciones, porque toda conducta que vaya fuera de los cauces legales, en definitiva si atenta contra el Estado de Derecho.

Asimismo, sostenemos que el estado de derecho se rige por el Principio de Legalidad, el cual consiste en lo siguiente:

El Maestro Ignacio Burgoa Orihuela manifiesta que el Principio de Legalidad establece y determina que todo acto de los órganos del Estado, debe encontrarse fundado y motivado por el Derecho en vigor, tal principio demanda la sujeción de todos los órganos estatales al Derecho, entendiéndose esto en virtud de que todo acto o procedimiento jurídico llevado a cabo por las autoridades estatales debe tener su apoyo estricto en una norma legal, la que a su vez debe estar conforme a las disposiciones de fondo y forma consignadas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en ese sentido el principio de legalidad constituye la primordial exigencia de todo Estado de derecho en sentido técnico.¹¹

Continúa el autor explicando que el Principio de Legalidad se encuentra consagrado como Derecho fundamental en el orden jurídico mexicano, en los artículos 103 y 107 de nuestra máxima ley;

¹¹ Cfr. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las garantías individuales. 27ª. Edición. Editorial Porrúa. México 1995. Págs. 166 y 167.

sus antecedentes inmediatos provienen de la Constitución de 1857, la cual se inspiró en la institución del debido proceso legal, contemplada por la enmienda V y, posteriormente la XIV, sec. 1, de la Constitución de los Estados Unidos de Norte América, con cierta influencia también de la antigua audiencia judicial hispánica.¹²

El Principio de Legalidad se refiere a la conformidad o regularidad entre toda norma o acto inferior con respecto a la norma superior que le sirve de fundamento de validez, situación que opera en todos los niveles o grados de la estructura jerárquica del orden jurídico.

Hans Kelsen afirma que no es únicamente en la relación entre los actos de ejecución material y las normas individuales o en la relación entre estos actos de aplicación y las normas legales y reglamentarias, en donde se puede postular la garantía o regularidad e las garantías propias para asegurarla, sino también en las relaciones entre reglamento y ley, así como entre la ley y la Constitución; las garantías de legalidad de los reglamentos y las de la constitucionalidad de las leyes son, entonces, tan concebibles como las garantías de la regularidad de los actos jurídicos individuales.¹³

En nuestra opinión, los artículos 14 y 16 constitucionales, proporcionan la protección del orden jurídico total del Estado mexicano, por lo cual el principio de legalidad en ellos contenido, representa una de las instituciones más relevantes y amplia de nuestro régimen de Derecho.

El artículo 14 constitucional, en su segundo párrafo establece: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad, o de sus

¹² Ibidem. Pág. 169.

¹³ Cfr. KELSEN, Hans. Op. Cit. Págs. 473 y 474.

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”.

A decir del profesor Ulises Schmill, el referido párrafo se refiere a la fórmula anglo-americana del debido proceso legal, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos Mexicanos, conteniendo cuatro derechos fundamentales. Los derechos fundamentales a que se refiere el citado maestro son:

El de que a ninguna persona podrá imponerse sanción alguna, sino mediante un juicio o proceso jurisdiccional,

Que tal juicio se sustancie ante tribunales previamente establecidos,

Que en el mismo se observen las formalidades del procedimiento, y

Que el fallo respectivo se dicte conforme a las leyes existentes con antelación al hecho o circunstancia que hubiera dado motivo al juicio.¹⁴

El primer párrafo del artículo 16 constitucional prevé lo siguiente:

“Nadie puede ser molestado en su persona familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

Como se puede observar, en tanto que el artículo 14 constitucional regula los requisitos generales que deben satisfacer las sanciones o actos de privación, el artículo 16 establece las características,

¹⁴ Cfr. SCHMILL ORDOÑEZ, Ulises. Op. Cit. Pág. 60.

condiciones, y requisitos que deben tener los actos de autoridad, mismos que deben seguir los procedimientos encaminados a imponer aquellas; los cuales siempre deben estar previstos por una norma legal en sentido material, proporcionando así la protección al orden jurídico total, lo cual trae consigo la conservación del estado de Derecho.

De acuerdo al Principio de Legalidad previsto en el artículo 16 constitucional, es posible establecer los siguientes derechos referentes a la seguridad jurídica:

1.- El órgano estatal del que provenga un acto que se traduzca en una molestia debe encontrarse investido con facultades expresamente consignadas en una norma legal para emitirlo.

2.- El acto o procedimiento por el cual se infiere una molestia debe estar previsto, en cuanto a su sentido o alcance, por una norma legal; del cual deriva el principio de que los órganos o autoridades estatales sólo pueden hacer aquello que expresamente le permita la ley.

3.- El acto que infiere la molestia debe derivar o estar ordenado en un mandamiento escrito.

4.- El mandamiento escrito en que se ordena que se infiera una molestia debe expresar los preceptos legales en que se fundamenta y las causas legales que la motivan.¹⁵

Es pertinente resaltar como aspecto del principio de Legalidad y del Estado de derecho, la facultad o derecho que tiene todo ciudadano a exigir la exacta aplicación de la ley, previsto por los párrafos tercero y cuarto del referido artículo 14 constitucional.

¹⁵ Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor. El juicio de Amparo. Editorial Porrúa. México 1964. Págs. 110 y 111.

El tercer párrafo del mencionado numeral, establece el conocido principio *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, al prohibir que se imponga 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.

El cuarto y último párrafo del aludido artículo, prescribe que en los juicios civiles, la sentencia definitiva debe ser conforme a la letra de la ley o atendiendo a la interpretación jurídica de la misma, y, en caso de

que no haya una norma penal aplicable, debe fundarse en los principios generales del Derecho.

Estoy en aptitud de determinar que la base constitucional de lo que conocemos como el Estado de Derecho, la encontramos en los artículos 14 y 16 constitucionales, los cuales sirven de base para una serie de resoluciones, sin importar la naturaleza jurídica de los procedimientos, basta recordar que cuando el agente del Ministerio Público lleva a cabo el ejercicio de la acción penal, señala, entre otros fundamentos, que se han satisfecho los extremos de los numerales en comento; a mayor abundamiento, cuando se interpone el Amparo, se establecen como artículos base de dicho juicio, el 102 y 107 de nuestra máxima ley, sin embargo en el contenido del escrito inicial del juicio de garantías siempre se hace referencia a los ya mencionados artículos 14 y 16 del referido ordenamiento jurídico.

Lo antes expresado quiere decir que el Estado de Derecho se puede definir como la situación que vive un país, cuando en él se respetan en esencia las normas jurídicas que han sido creadas para que los hombres que habitan un territorio determinado, se desarrollen en un clima de seguridad jurídica, porque se respeta la legalidad que genera la observancia de los numerales referidos por nuestra Constitución Política.

Igualmente, la noción de Estado Social de Derecho trae implícita la idea de justicia social; noción de la cual hablaremos a continuación.

Por justicia social se entiende el criterio que rige las relaciones entre los individuos y la sociedad, considerando el punto de vista de los derechos de la sociedad y el punto de vista de los derechos de los individuos, esencialmente la justicia social se opone a la justicia particular o privada que rige las relaciones de intercambio de bienes entre los particulares.

Rafael Preciado Hernández, afirma que además de la justicia legal, distributiva y conmutativa, existe una nueva especie, la cual se conoce como justicia social, y para dichos autores la justicia social tiene como objeto la repartición equitativa de la riqueza superflua; los poseedores de ella son los sujetos pasivos de la relación, los indigentes son los sujetos activos, o sea, quienes tienen el derecho de exigir el reparto.

El autor parte de la concepción que la sociedad está dividida en dos clases, los capitalistas, quienes tienen los medios de producción, y los proletarios que solo cuentan con su trabajo; la justicia social es, en este esquema, el criterio conforme al cual ha de repartirse la riqueza a fin de superar el antagonismo entre capitalistas y trabajadores.

La justicia social, afirman los citados estudiosos de la filosofía del Derecho, se distingue de la justicia distributiva y de la justicia legal por las relaciones y por sus objetos formal y específico.

La justicia distributiva y la justicia legal, tienen como sujetos relacionados a los individuos y a la sociedad, mientras que la justicia social contempla las relaciones entre poseedores (capitalistas) e indigentes (trabajadores).

La justicia distributiva tiene como objeto material el bien común distribuible, y como objeto formal, el derecho de los ciudadanos; la justicia legal tiene como objeto material los bienes de los particulares, y como objeto formal el derecho de la sociedad; mientras que la justicia social tiene como objeto material la riqueza superflua y como objeto formal el derecho de los indigentes.¹⁶

Antonio Gómez Robledo considera que, en realidad, es superfluo hablar de una cuarta clase de justicia, en virtud de que esta define lo que a cada quien le corresponde en sus relaciones con otras personas o la comunidad, y habrá tantas clases de justicia como clases de relaciones, y en una sociedad pueden darse sólo tres tipos de relaciones: del individuo con la comunidad; de la comunidad con los individuos; o de los individuos entre sí.

Los grupos intermedios que componen la sociedad o se relacionan entre sí como individuos, o se relacionan con la sociedad como un individuo con el todo, no dan lugar ellos a un nuevo tipo de relaciones ni a un nuevo tipo de justicia.¹⁷

Tradicionalmente la distribución de la riqueza entre los miembros de la sociedad se rige por tres tipos de justicia; la distributiva, porque ella prescribe lo que cada individuo puede exigir del bien común repartible; la justicia legal, por ordenar las cargas con que cada quien debe contribuir para conseguir el bien común; y la justicia conmutativa, la cual rige las operaciones de cambio entre personas que se hallan en un plano de igualdad, por ejemplo, en las relaciones contractuales se atiende al criterio de trato igual a los iguales; por último, sostenemos que la justicia social se sitúa entre la justicia legal y la justicia distributiva, surgiendo como una subdivisión entre ambas especies.

¹⁶ Cfr. PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael. Lecciones de filosofía del Derecho. Editorial Jus. México 1967. Págs. 80 y 81.

¹⁷ Cfr. GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. Meditación sobre la justicia. Fondo de Cultura Económica. México 1973. Págs. 26 y 27.

El principio de la soberanía popular tiene la función de garantizar que cualquier ejercicio del poder realizado por un órgano del Estado se haga en virtud de su previa legitimación popular y en beneficio del pueblo.

Para el ejercicio de la soberanía, que esencialmente reside en el pueblo, el Estado se debe estructurar con diversos órganos, cada uno de los cuales tiene delimitada su función por la propia ley para proteger, de esa manera, a los hombres del despotismo.

El Estado, como expresión de la voluntad popular, está legitimado para ejercitar su poder dentro del marco de la legalidad fijado por la Constitución y las leyes secundarias.

Lógicamente, ningún órgano del Estado está facultado para actuar válidamente fuera de su esfera limitada de competencia.

Como consecuencia de que el nuestro sea un Estado democrático de derecho, en el que la soberanía popular legitima el ejercicio del poder, emerge la igualdad ante la ley de todos los integrantes de la colectividad, es decir, el derecho es igual para todos.

Tales postulados ideológicos están consagrados, en el plano formal, por la Constitución y, por tanto, los principios de democracia, soberanía popular, legitimación, legalidad e igualdad ante la ley, deben modelar la política criminal.

Concebido de esta manera, el Estado de derecho tiene la función de crear y asegurar las condiciones de existencia que permitan satisfacer las necesidades de la colectividad que le dio origen y facilitar la vida en comunidad con orden, justicia, seguridad, bienestar y paz social.

El Estado de derecho tiene, también, como consecuencia, la función de proteger enérgicamente los bienes jurídicos más importantes de los individuos y de la colectividad.

Para lograr tales fines, el Estado cuenta con el derecho y, en particular, con el derecho penal, como uno de sus instrumentos más importantes.

En efecto, al derecho penal se le ha asignado la función de proteger los bienes jurídicos fundamentales tanto individuales como colectivos, usando la pena como mecanismo de control social.

Consecuentemente, el Estado utiliza, entre otros medios, el derecho penal, para coadyuvar a conformar, en gran medida, la vida de la sociedad y de los seres humanos que la integran.

Como el Estado utiliza el derecho penal para realizar sus funciones y cumplir sus fines, existe una necesaria correlación entre la función del Estado y la que corresponde al derecho penal.

Al respecto Franz Von Liszt, determina que el Derecho Penal es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho, a la pena, como legítima consecuencia. El Derecho Penal, en sentido objetivo, se llama también Derecho Criminal. En sentido subjetivo, Derecho Penal significa el Derecho de castigar, el *jus puniendi*".¹⁸

Gustavo Malo Camacho, ofrece al concepto de Derecho Penal en éstos términos:

“El derecho penal puede ser entendido en sentido objetivo y en sentido subjetivo. En el primer caso, como derecho penal objetivo, se

¹⁸ LISZT, Franz Von. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Traducido por Quintiliano Saldaña. Editorial Reus. Madrid s/f. Pag. 5.

hace referencia al conjunto de normas que integran la legislación objetivamente considerada o *ius puniendi* y que aparecen conformando las respectivas leyes penales; son las normas y reglas jurídicas que previenen los delitos, establecen las bases para individualizar las penas a los responsables y fijan las penas y medidas de seguridad.

Se entiende por derecho penal subjetivo la referencia a la ley penal desde la perspectiva de donde emana; se hace alusión así, al *ius puniendi* del Estado o potestad punitiva del mismo. Uno y otro conceptos del derecho penal, en sentido objetivo y subjetivo, aparecen interrelacionados y exigen ser explicados”.¹⁹

Consecuentemente, el derecho penal enfrenta las conductas desviadas de tres maneras sucesivas: amenazando, imponiendo y ejecutando penas, éstos son los tres estadios del *ius puniendi*.

El Estado está legitimado para ejercer el *ius puniendi* como mecanismo de control social y será la política criminal la que deberá decidir el cómo y el cuándo, pero el uso de este recurso, para estar acorde con la esencia del Estado de derecho, debe estar subordinado a ciertas reglas.

El orden jurídico, en general, y el sistema penal, en particular, deben concordar con el paradigma de Estado de derecho que concibe la Constitución; dicho modelo está orientado por los principios antes aludidos.

Ahora bien, el sistema penal que comprende el conjunto de instrumentos de control social, no es más que una parte de todas las medidas que el Estado adopta para el logro de sus objetivos, de

¹⁹ MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. 2ª. Edición. Editorial Porrúa. México 1998. Pág. 35.

igual manera que la política criminal no es más que una parcela de toda la política social.

Por otra parte, la política criminal debe tener una fisonomía precisa encuadrada dentro de los principios derivados de la Constitución; su imagen debe ser un fiel reflejo de las concepciones filosóficas y políticas que orientan la Carta Magna.

La ideología que le dé sentido a la política criminal debe concordar con la ideología fundamental que caracteriza al Estado de derecho, por ello, debe ser tal que, en los diferentes niveles de intervención de los distintos órganos del Estado frente al hombre, garantice el respeto de los derechos humanos.

En tanto, la política criminal de un Estado de derecho debe respetar la idea que la Constitución tiene del hombre, concibiéndolo como fin en sí mismo, como ser racional con las características inherentes a su naturaleza humana, que a su vez determinarán los contenidos conceptuales y el sentido de las diversas categorías que se manejan en el sistema penal, especialmente en el nivel legislativo.

En tal virtud, el ejercicio del *ius puniendi* que realicen los distintos órganos del Estado debe estar limitado por el reconocimiento y el respeto efectivo de los derechos humanos.

Para Miguel Ángel García Domínguez la política criminal de nuestro Estado de derecho debe estar conformada por los principios que a continuación enumeraremos, los cuales por una parte, significan limitantes al poder punitivo del Estado y, por otra, constituyen garantías para los individuos frente a los distintos órganos estatales en sus diferentes niveles de ejercicio.

Principio de legitimidad.

Principio de intervención mínima.

Principio del bien jurídico.

Principio de acto o conducta.

Principio de tipicidad.

Principio de culpabilidad.

Principio de inocencia.

Principio de retribución.

Principio de prevención.

Principio de jurisdiccionalidad.²⁰

Los principios mas importantes según nuestro punto de vista son: bien jurídico, culpabilidad, retribución y prevención; que son los de mayor relevancia para los delitos especiales, los demás únicamente se describen.

El autor Moisés Moreno Hernández explica que conforme al principio de legitimidad, el Estado, como manifestación de la voluntad general, está autorizado para adoptar las medidas necesarias tendientes a prevenir y reprimir la criminalidad, si en el ejercicio concreto del *ius puniendi* actúa de acuerdo con la voluntad popular.

El Estado, como expresión de la sociedad organizada, está facultado para reprimir la criminalidad por medio de los instrumentos de control social (legislación penal sustantiva y procesal, policía

²⁰ GARCÍA DOMÍNGUEZ, Miguel Ángel. Los Delitos Especiales Federales. 2ª. Reimpresión. Editorial Trillas. México 1991. Págs. 21 y 22.

preventiva, órganos de procuración de justicia penal, tribunales e instituciones de readaptación social) que constituyen la legítima reacción de la sociedad, dirigida a la reprobación y condena del comportamiento desviado de los individuos, y a la reafirmación de los valores y de las normas sociales.

Según el principio de mínima intervención, el derecho penal no debe ser utilizado de manera arbitraria o imprudente, sino que el Estado sólo debe echar mano de él como recurso de última ratio legis; que para el logro de sus objetivos debe previamente acudir a otros medios jurídicos menos drásticos, y sólo cuando éstos resulten insuficientes e ineficaces debe acudir al derecho penal, siempre y cuando se tenga la plena convicción de que éste será el mejor recurso.

En primer lugar, los intereses sociales que es necesario proteger pueden, a menudo, recibir suficiente tutela mediante la utilización de instrumentos distintos a los medios propios del derecho penal, los cuales resultan menos lesivos para el ciudadano y con frecuencia más eficaces para la protección de la sociedad.

Los perniciosos efectos que la pena produce en los bienes jurídicos del individuo afectado exigen la no intervención del derecho penal, ahí donde basten procedimientos menos enérgicos para el logro de la protección requerida.

Ante determinadas conductas desviadas, frecuentemente serán suficientes, incluso aconsejables, otras sanciones que pueden aplicarse por la vía administrativa.

Se insiste, la pena supone la última ratio legis y, por tanto, no se debe recurrir a ella sino cuando sea evidente que no son eficaces otras medidas de protección de los bienes jurídicos relativos.²¹

Vinculado con el anterior está el principio del bien jurídico, el cual preconiza que el derecho penal, como medio político criminal, sólo debe utilizarse para la protección de los bienes jurídicos individuales o colectivos más importantes o esenciales para la vida ordenada en comunidad. Para los demás bienes están las otras sanciones jurídicas.

El derecho penal se caracteriza por proteger los valores fundamentales del orden social, por ello, debe limitarse al castigo de conductas que violan los más elementales deberes ético-sociales.

Elemento fundamental para que sea admisible la tipificación de un delito es que exista una necesidad social digna de protegerse. Esa necesidad social es condición sine qua non para darle intervención al derecho penal. Si no nos encontramos ante un bien jurídico que merezca ser protegido penalmente, se estaría violando el principio de la intervención mínima penal.

En consecuencia, los delitos son configurados con la finalidad de proteger los valores más fundamentales de la sociedad pero el derecho penal debe reaccionar únicamente ante las modalidades de ataque que sean especialmente peligrosas para los bienes jurídicos.

Esto quiere decir que el derecho penal tiene un carácter doblemente fragmentario, ya que no ha de proteger todos los bienes jurídicos, sino los más fundamentales; pero tampoco los debe proteger contra cualquier atentado sino tan sólo contra los ataques más intolerables.

²¹ MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. Algunas bases para la política criminal. Revista Mexicana de Justicia. Número 2. Volumen 3. Abril-Junio 1985. Pág. 119.

Para el Doctor Moisés Moreno Hernández:

“El objetivo del derecho penal únicamente puede consistir en garantizar la vida en común de todos los ciudadanos, evitando que ésta sea puesta en peligro. La justificación de esta tarea se desprende directamente del deber que incumbe al Estado de garantizar la seguridad de todos sus miembros.

“En cada situación histórica y social de cada grupo humano los presupuestos imprescindibles para una existencia en común se concretan en una serie de condiciones valiosas, de las cuales son ejemplo: la vida, la integridad corporal, la libertad de actuación o la propiedad, es decir los llamados bienes jurídicos; el derecho penal tiene que asegurar tales bienes, penando su lesión en determinadas circunstancias. Mediante esa función, el derecho penal realiza una de las más importantes tareas del Estado, ya que sólo la protección de los bienes jurídicos constitutivos de la sociedad permite al ser humano el libre desarrollo de su personalidad.

“De aquí se desprenden dos consecuencias muy importantes en relación con el *ius puniendi*:

“El derecho penal es de naturaleza subsidiaria, porque sólo se pueden penar las lesiones de bienes jurídicos si ello es ineludible para una vida comunitaria ordenada, donde basten la reparación del daño y la indemnización del perjuicio, ha de retraerse el derecho penal. Por ser la pena la reacción más enérgica de la comunidad, sólo ha de recurrirse a ella en último extremo. Si se utiliza donde basten consecuencias menos severas para preservar y restaurar el orden jurídico, le faltará la legitimación de la ansiedad social. Esta idea de subsidiaridad se debe deducir directamente del sentido de la pena.

“El legislador no está facultado en absoluto para castigar conductas no lesivas de bienes jurídicos, sólo por su inmoralidad, porque el Estado tiene que salvaguardar el orden externo.

En resumen, las conminaciones penales únicamente están justificadas si tienen en cuenta la doble restricción que encierra el principio de protección subsidiaria de prestaciones y bienes jurídicos. En este ámbito, el fin de las disposiciones penales es de prevención general, pero no como principio absoluto, sino aplicado sólo a los elementos de amenaza e intimidación, y con la finalidad de protección subsidiaria de bienes jurídicos fundamentales”.²²

El núcleo central de los delitos tipificados en las leyes penales de las naciones civilizadas representa la ofensa a intereses fundamentales o condiciones esenciales, para la existencia de la sociedad.

Los intereses protegidos por medio del derecho penal son intereses comunes a todos los ciudadanos. Los delitos atentan contra valores e intereses que son percibidos universalmente en la conciencia de todos los ciudadanos normales.

La universalidad del contenido de los intereses ofendidos por los delitos presupone la homogeneidad social de los valores y de los intereses protegidos por el derecho penal.

Es por ello que resulta particularmente importante la planeación democrática en este campo, pues mediante la consulta popular, y con la participación de los diversos sectores sociales se pueden recoger las aspiraciones y demandas colectivas.

Debe evitarse que la tipificación de un delito constituya un elemento de ruptura más que de consolidación del equilibrio social.

²² Íbidem. Pág. 120.

Debe evitarse que la penalización de ciertas conductas sea motivo injustificado de imputación de un estatus social estigmatizante para ciertos integrantes de la colectividad, determinada por motivos muy particulares de los grupos que tienen el poder real de definición de las conductas punibles, situación que en materia de delitos especiales ha sido hasta ahora frecuente.

Esto último es tan importante que hay respetados criminólogos, los cuales sostienen que el estudio de la criminalidad se convierte en el estudio de las relaciones entre los estatus de quienes tienen el papel de autoridades -creadores del derecho- y quienes desempeñan el papel de inculpatos, afirmándose que no es raro que las instancias oficiales y la opinión pública subsistan como dos líneas paralelas que no se encuentran jamás.

Sólo deben tipificarse como delitos aquellos comportamientos capaces de desencadenar la reacción social, es decir, que susciten indignación moral, irritación, en la colectividad. Es necesario que ese comportamiento sea generalmente percibido como contrario a la normalidad.

Suele afirmarse que, frecuentemente, los intereses generales de la sociedad no son lo esencial en la creación de los tipos delictivos; sino que en aquella privan los intereses de los grupos con el poder de influir sobre los procesos de criminalización.

La política criminal debe tener en cuenta las contradicciones que actualmente se dan entre la estructura económico- social y la cultura; la cultura les propone a los individuos metas de éxito económico y de alto grado de bienestar, las cuales constituyen motivaciones fundamentales de comportamiento; a su vez, la estructura económico-social establece, por una parte, modelos de comportamiento institucionalizados en cuanto a los medios legítimos para alcanzar esas metas, y ofrece la posibilidad de acceder a las

modalidades y a los medios legítimos a muy pocos de los integrantes de la colectividad.

La incongruencia entre los fines culturalmente reconocidos como válidos y los medios legítimos con que cuentan los individuos para alcanzarlos, frecuentemente da motivo a comportamientos desviados.

Existe el principio de acto o conducta, según el cual las normas penales únicamente podrán prohibir u ordenar acciones u omisiones y, consecuentemente, a un sujeto sólo se le podrá imponer una pena por lo que ha hecho y no por lo que él es.

Se presenta el principio de tipicidad, que ligado al de legalidad, exige la presencia de tipos penales y la exacta aplicación de la ley. Para que exista delito, se requiere una conducta humana lesiva de un bien jurídico importante; pero, además, se precisa que dicha conducta sea típica, antijurídica y culpable, es decir, no hay delito sin tipicidad, sin que el hecho de la vida real encaje dentro de una de las fórmulas descriptivas de la ley penal en la cual se definen y catalogan los delitos.

La tipicidad es, pues, la conformidad de una conducta con la hipótesis de infracción consignada en la ley; el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador; en suma, la adecuación o correspondencia de un hecho a la hipótesis abstracta configurada en la ley.

El citado autor Moisés Moreno Hernández afirma que el principio de culpabilidad, sostiene que la pena se aplica con justicia, única y exclusivamente cuando el hecho que sirve de presupuesto es realizado con culpabilidad, de ello se deriva que no debe haber pena sin culpabilidad y que la pena no debe rebasar el límite de la culpabilidad.

Se afirma, y se considera actualmente, que el delito es expresión de una actitud interior reprobable, porque es contraria a los valores y a las normas de la sociedad.

El concepto de culpabilidad implica reconocer, en la esfera normativa, al derecho penal como un ordenamiento que protege al particular del poder del Estado, al impedirle a éste imponer con finalidades preventivas penas terroristas.

La pena se puede justificar porque en tanto se impute una conducta determinada a la persona del delincuente, éste estará obligado a cargar con la pena; y como miembro de la comunidad, tiene que responder por sus hechos, en la medida de su culpabilidad, para la salvaguarda del orden social.

La pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad; este principio sirve para limitar la potestad penal y se finca en los conceptos de la dignidad humana y la autonomía de la persona. El concepto de culpabilidad tiene la función de asegurar al particular que el Estado no extienda su potestad penal más allá de lo que le corresponde a su responsabilidad.²³

Concluimos con lo explicado por el Maestro Moisés Moreno Hernández, quien afirma que la realidad social, por la doble polaridad entre individuo y colectividad, exige terminantemente que la comunidad esté protegida de agresiones del individuo, pero, también, que el individuo lo esté de la presión excesiva por parte del Estado.

Algunas veces, el delito podría no ser expresión de una actitud contraria a los valores y a las normas sociales oficiales, ya que puede haber valores y normas de conducta diversos, muy generalizados, creados a través de los mecanismos de interacción y

²³ Idem. Pág. 121.

de aprendizaje que tienen lugar por el contacto que el sujeto tiene dentro del seno mismo de la colectividad.

Es decir que sólo en apariencia el sujeto escoge el sistema de valores al cual adherirse, ya que las condiciones sociales y las estructuras de comunicación y aprendizaje, determinan la trasmisión de valores, normas y modelos de comportamiento.

Todas estas circunstancias podrían conducir en ciertos casos a la espinosa y difícil cuestión de la relatividad de ciertas normas y valores receptados por el sistema penal.

De ahí que respecto de ciertas conductas tipificadas como delitos, podría considerarse que no constituirían la negación del mínimo ético que ha de ser defendido por el sistema penal.

Lo anterior implica que es exigible una alta dosis de prudencia en la criminalización de las conductas, para que el sistema de valores y de modelos de comportamiento acogidos por el sistema penal corresponda a valores y normas sociales que son aceptados por la mayoría de los integrantes de la colectividad.

Ahora bien, sobre todo en la materia central de este trabajo, la política criminal debe tener en cuenta que quienes cometen ciertos delitos utilizan técnicas de neutralización, es decir, de racionalización y justificación del comportamiento punible con las que se atenúa sensiblemente la eficacia de un sector de los valores y de las normas sociales.

Las técnicas de neutralización son fundamentalmente:

La negación de la ilicitud, ya que quien comete el delito interpreta sus acciones sólo como prohibidas, pero no como inmorales o dañosas;

La negación de la existencia de víctima, ya que ésta es vista como un individuo o una institución que se han hecho merecedores de la conducta lesiva;

la condena de aquellos que condenan, ya que desaprueban la conducta ilícita de que se trata, fundamentalmente las propias instancias de control social son acusadas esencialmente de hipocresía y corrupción.²⁴

García Domínguez por su parte sostiene que el principio de presunción de inocencia, señala que el Ministerio Público tiene la obligación de demostrar la culpabilidad del sujeto, previamente a la aplicación de alguna medida penal”.

El principio de retribución, precisa que la culpabilidad del agente necesita ser compensada mediante la imposición de una pena, pero para que se realice la justicia, el delito y la pena deben ser equivalentes.

De conformidad con su esencia y de acuerdo con la justicia, la pena es, en sentido estricto, la imposición de un castigo, la inflicción de un mal a título de retribución por el mal cometido con la conducta violatoria de la norma. El mal del castigo debe ser proporcionado al mal del ilícito, debe ser una privación de bienes jurídicos del autor con motivo del hecho punible y en la medida de éste; el mal no debe ser irrogado por capricho, por crueldad o por ciega y brutal venganza contra el autor de la conducta ilícita, sino que ha de ser la justa compensación del mal injusto que se ha causado. Retribuir significa pagar una cosa con su equivalente, formar una ecuación entre dos males, entre dos sufrimientos, para restablecer el equilibrio de dos fuerzas turbado por la violación de la norma y la lesión del bien jurídico tutelado por ésta.

²⁴ LOC. CIT. Pág. 122.

Toda deficiencia en el tipo y en la cuantía de la pena es debilidad y es crueldad todo exceso; la una y el otro, tomados separadamente, son injusticia. Las penas excesivas y las insuficientes son tan malélicas como las penas inidóneas.

Quien comete un ilícito será castigado "por" ese hecho punible, dándose una relación entre el castigo y el ilícito cometido. La pena corresponde al hecho punible y a su autor, incluso en lo que respecta al contenido, ya que para hechos distintos están conminadas penas distintas.

Debe existir proporcionalidad entre hecho punible y pena, ya que ésta debe adecuarse a aquel en una equiparación valorativa de la conducta del sujeto.

La pena es retribución, ese es su carácter sustantivo, aun cuando tenga otros fines; no es impedimento físico del delito, sino solamente un obstáculo psicológico que lo hace más difícil, que vincula a su comisión un motivo de desagrado, con la amenaza de un mal.

Ese carácter de retribución es el que señala los límites de la pena, así como los criterios que deben utilizarse en su establecimiento y aplicación. En efecto, la idea de la pena como retribución señala sus límites humanos, pues pone en relación valores limitados, escalas de comparación relativas: el valor de los bienes jurídicos lesionados por la pena, con el disvalor de los males causados por el autor.

Estas escalas de valor están proporcionadas por la historia cultural de cada pueblo. A un país en un estadio de evolución social, económica y cultural determinada, le corresponde una sobrevaloración de ciertos bienes jurídicos, distintos a los que le corresponden a otro en diversa fase de evolución.

También debemos analizar el principio de la prevención, conforme al cual la pena no tiene únicamente la función de retribuir sino la de prevenir el crimen. Como amenaza abstracta prevista por la ley tiene la función de crear una justa y adecuada contra motivación al comportamiento criminal. Como sanción concreta, ejerce la función de evitar la reincidencia.

La pena se justifica también porque con ella se pueden prevenir nuevos ilícitos del autor, ello se puede lograr de tres maneras: corrigiendo al corregible, a esto se le llama readaptación; intimidando al intimidable, y tornando inofensivo al que no es ni corregible ni intimidable, por medio de la privación de su libertad. Se justifica la pena, igualmente, por sus efectos intimidatorios sobre la generalidad.²⁵

El Estado establece en la ley penal un orden protector obligatorio para todos, el cual garantiza los bienes jurídicos necesarios para su existencia y dice qué conductas se deben omitir bajo la amenaza de pena. En interés de la prevención general, se debe informar acerca del ámbito de lo prohibido, incluso, a quienes no necesitan intimidación, ésta es una exigencia incuestionable para el Estado de derecho, la cual está contenida en el principio *nulla poena sine lege*.

Ahora bien, la eficacia de la ley, en cuanto a la prevención general, desaparecería si la amenaza no se hiciera efectiva en la realidad, lo que impediría la salvaguarda del orden jurídico; por ello, la imposición de la pena en cada caso concreto coadyuva a la prevención general.

Por otra parte, en la mayoría de los casos, con la imposición de la pena justa se alcanza la prevención especial, es decir, se previene

²⁵ GARCÍA DOMÍNGUEZ, Miguel Ángel. Op. Cit. Págs. 27 a 29.

la reincidencia, y esto estará justificado si se consigue compaginar su necesidad para la comunidad jurídica con la dignidad y autonomía de la persona del autor del hecho ilícito, que el derecho debe garantizar asimismo.

De lo anterior se desprende que el fin de prevención general de la punición sólo se puede perseguir dentro del marco de la culpabilidad individual; de tal manera que si va más allá y se hace expiar al autor por las presuntas tendencias criminales de otros, se atenta, en realidad contra la dignidad humana, ya que, para el orden jurídico la persona es la medida de todas las cosas, en cuanto que debe responder con su persona únicamente por aquello de lo que es culpable.

Por lo mismo, si se le castiga para prevenir conductas de terceros, sobrepasando la medida de lo que corresponde a su culpa, se le estaría castigando por una responsabilidad correspondiente a otros.

En resumen, la imposición de la pena sirve para la protección subsidiaria y preventiva, tanto general como especial, de bienes jurídicos y de prestaciones estatales, aunque al dictar la pena ésta se encuentra limitada por el concepto de culpabilidad.

La ejecución de la pena da efectividad a las conminaciones penales, lo que coadyuva a las prevenciones tanto general como especial.

Según el principio de jurisdiccionalidad, para imponer una pena necesariamente habrá de seguirse un procedimiento ante los tribunales judiciales previamente establecidos, observando todas las garantías procesales relativas.

Para Miguel Ángel García Domínguez, el Código Penal no agota todo el contenido del derecho penal; en el sistema jurídico mexicano existe un enorme número de normas *extravagantes* en relación con el

Código Penal, los cuales constituyen un complejo heterogéneo al que se suele denominar *delitos especiales* o *derecho penal especial*.

Dentro de ese universo de normas hay algunas que ofrecen ciertas variantes, particularidades, especialidades, modalidades o excepciones, si se les analiza a la luz de los principios del derecho penal tradicional, pero hay normas que sólo duplican innecesariamente las disposiciones generales del Código Penal, así como nuevos tipos que en la realidad, no contienen ninguna característica especial o excepcional e incluso, algunos de ellos no son sino meras repeticiones, en lo esencial, de los contemplados en el Código Penal.

A partir de la realidad legislativa, suele considerarse que el derecho penal especial está constituido por una serie de órbitas de especialidad jurídica, cuya necesidad nace de exigencias prácticas y teóricas que representan modalidades de los principios generales del derecho penal. Por consiguiente, se dice, las distintas áreas que existen en este campo vendrían a ser ramas especiales del derecho penal, es decir, que se está en presencia de singulares derechos sancionadores, con particularidades *sui generis*. Se trataría de áreas especiales, susceptibles de tratamiento singular.

Sin embargo, los delitos tipificados en los capítulos relativos de las distintas leyes administrativas constituyen lisa y llanamente delitos de naturaleza sustancialmente idéntica a los incorporados en el Código Penal. La circunstancia de que estos ilícitos y las sanciones inherentes a ellos se contengan en las leyes administrativas no altera la validez del aserto anterior, pues no debe confundirse la naturaleza de las normas con la denominación de las leyes. Se trata de un sector del derecho penal que aún no ha emigrado del campo de la legislación administrativa al Código Penal, pero que no deja por ello de ser constitutivamente derecho penal.²⁶

²⁶ Íbidem. Págs. 30 y 31.

Los delitos especiales podrían, en principio, estar localizados legislativamente de dos maneras distintas: continuar ubicados en un capítulo particular de la ley especial o insertos en el Código Penal.

Se han manejado dos razones fundamentales para justificar la existencia de delitos en las leyes administrativas: por una parte, que ello permite una detallada regulación de las conductas constitutivas de delitos especiales y de sus presupuestos, y, por otra, que la presencia de los delitos especiales en el Código Penal pondría al descubierto peculiaridades que no resultan tan chocantes en una ley especial.

Por el contrario, el Maestro Manuel Rivera Silva sostiene que: "De paso deben censurarse la ausencia de criterio jurídico del legislador, por dar hospedaje a delitos fuera del Código Penal, siendo en este ordenamiento donde debería tener acomodo y así en lo alusivo a la materia que comentamos, mejor sería desde los puntos de vista técnico y práctico destinar título propio en el Código Penal a los Delitos contra el Fisco y no registrarlos en un capítulo casi perdido dentro de un título del Código Fiscal de la Federación y en el cual se alternan normas de carácter sustantivo con otras de calidad adjetiva.

En lo personal, considero que se puede hacer un sincero esfuerzo para ubicar dentro del Código Penal los delitos refugiados en leyes distintas de aquél. Si se hacen a un lado feudalismos administrativos podría llegarse fácilmente a un resultado exitoso".²⁷

²⁷ RIVERA SILVA, Manuel. Derecho Penal Fiscal. Editorial Porrúa. México 1984. Págs. 8 y 9.

CAPÍTULO SEGUNDO. LA LEY GENERAL DE SALUD.

II.1 BREVE ANÁLISIS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

En 1977 se estableció el Sector Salud, con base en la ley Orgánica de la Administración Pública Federal entendido como el agrupamiento administrativo de entidades paraestatales bajo la coordinación de la Secretaría de Salubridad y Asistencia, para asegurar la coordinación operativa y el control de las entidades que actúan en el campo de la Salud.

En 1978 se instituyó la comisión intersecretarial de saneamiento ambiental, como instancia de apoyo a la coordinación de las acciones que en materia de mejoramiento del ambiente llevan a cabo distintas dependencias y entidades.

Esta etapa se caracteriza por la centralización de los servicios de Salud. Aún cuando se desarrollan acciones importantes, estas no están suficientemente programadas en forma integral para la prestación de los servicios de Salud, lo que conlleva la dificultad de definir en esta etapa un Sector Salud formalmente constituido. Los lineamientos definidos por el titular del poder ejecutivo federal en su toma de posesión, se convirtieron en el plan nacional de desarrollo en directrices para esta etapa de los servicios de salud, contenidas en el programa nacional de salud.

Entre las primeras acciones que emprendió esta administración, destaca la iniciativa de adición al artículo 4º. de la Constitución que, una vez concluido el trámite constitucional, fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 3 de febrero de 1983.

El párrafo tercero del artículo 4º. constitucional consagra el derecho a la protección de la salud como una garantía social y señala que

una Ley establecerá las bases y modalidades del acceso a los servicios de salud y distribuirá la concurrencia en materia de salubridad general entre la Federación y las Entidades Federativas.

Asimismo, fue reformado el Código Sanitario para establecer que es responsabilidad de la Secretaría de Salubridad y Asistencia que las distintas dependencias y entidades que actúan en el campo de la salud coordinen sus acciones para lograr así un uso más racional de los recursos.

Igualmente fue reformada la fracción I del artículo 39 de la Ley orgánica de la Administración Pública Federal para enriquecer la vocación normativa y coordinación de la secretaría al encargarse de establecer y conducir la política nacional en materia de asistencia social, servicios médicos y salubridad general, y de coordinación los programas de servicios de salud de la administración pública federal, así como los agrupamientos por funciones y programas afines que se determinen. Así el Sector Salud queda integrado por todas las entidades e instituciones de la administración pública Federal que desarrollan funciones en la materia.

En noviembre de 1983 el C. Presidente de la República envió al H. Congreso de la Unión la iniciativa de Ley General de Salud, reglamentaria del párrafo 2º. del artículo 4º. constitucional. El 7 de febrero de 1984 se publicó en el Diario Oficial ese ordenamiento, que define la naturaleza y composición del sistema nacional de Salud, así como las facultades que se atribuyen a la Secretaría en su carácter de coordinadora de dicho sistema.

La Ley define también los campos de salubridad general: atención médica, salud pública y asistencia social y redistribuye, con ánimo descentralizador, la competencia sanitaria entre la Federación y las Entidades Federativas, como lo dispone la enmienda constitucional, igualmente define la naturaleza del derecho a la protección de la

salud e instituye los mecanismos que deberá utilizar el estado para disponer de las condiciones que aseguren su cumplimiento creciente.

El 30 de agosto de 1983 se expidió el decreto mediante el cual el ejecutivo federal establece las bases a las que se sujetará el programa de descentralización de los servicios de salud de la Secretaria de Salubridad y Asistencia y con base en este decreto, en febrero de 1984, los gobiernos Federales y Estatales, en el marco del convenio único de desarrollo, convinieron en fortalecer las bases del régimen federal, así como en realizar las acciones necesarias para llevar a cabo la integración programática de los servicios de Salud.

El 7 de agosto de 1984 fue aprobado por el ejecutivo el programa nacional de salud. Este programa se articuló a partir de las estrategias básicas de descentralización, sectorización, modernización administrativa, coordinación intersectorial y participación de la comunidad.

El 16 de agosto de 1984 se publicaron en el Diario Oficial las bases de coordinación para la integración y descentralización de los servicios de la Secretaria de Salubridad y Asistencia y el Departamento del Distrito Federal. El documento constituye un esfuerzo para lograr la integración funcional de los servicios de salud que otorgan ambas dependencias a la población abierta del Distrito Federal.

La expedición de los instrumentos jurídico-administrativos referidos con antelación derivaron en modificaciones sustanciales acontecidas al interior de la secretaría.

A partir de 1982 y en atención a la nueva concepción de organización y prestación de los servicios de salud a población abierta, se llevaron a cabo cambios de fondo en el esquema de

organización y funcionamiento de la dependencia, a efecto de conformar la infraestructura administrativa necesaria que sustente el desarrollo de las nuevas facultades y funciones conferidas a la Secretaría.

Este proceso de redefinición y reordenación efectuado derivó en el cambio de denominación de la Secretaria de Salubridad y Asistencia por el de Secretaría de Salud.

La actual etapa de desarrollo de los servicios de salud se caracteriza por el propósito de establecer y consolidar el sistema nacional de salud, apoyado en una cabal descentralización y sectorización conducida por la Secretaría de salud.

Asimismo, se identifica esta etapa por el uso intensivo de la programación sectorial como un ejercicio participativo, democrático y ordenador que permita el uso eficiente de los recursos y la adopción de las medidas necesarias para el goce del derecho a la protección de la salud.

Además, esta etapa se caracteriza por el esfuerzo descentralizador de los servicios a población abierta y en materia de modernización administrativa y legislativa de la salud, a través de la simplificación y racionalización de las estructuras, procedimientos y sistemas de gestión, así como por la puesta en vigor de nuevos ordenamientos en materia de descentralización.

La nota sobresaliente de esta tercera etapa son los trabajos para articular esfuerzos dispersos, para lograr la racionalización en la asignación y el uso de los recursos y para consolidar el propósito rector de avanzar en la implantación de una sociedad más igualitaria en el ámbito de la salud.

Uno de los aspectos vanguardistas de la Ley General de Salud, es lo referente a los trasplantes entendidos como la transferencia de un órgano, tejido o células de una parte del cuerpo a otra, o de un individuo a otro y que se integren al organismo.

El desarrollo del trasplante no ha sido sencillo; ha requerido del esfuerzo científico, quirúrgico y médico para obtener los resultados que son evidentes en la actualidad.

Estos resultados, han planteado una serie de preguntas que ponen al médico, y a la sociedad en general, frente a la abrumadora fuerza de la tecnología reinante.

¿Hasta qué punto, la tecnología domina el futuro y constituye la respuesta para los pacientes trasplantados? ¿Hasta qué punto el paciente y el médico tienen derecho a entender la lucha existente entre el humanismo y la tecnología? ¿Hasta qué punto la economía de una determinada región o país deberá regir el futuro del paciente trasplantado?

Los avances científicos y tecnológicos se suceden cada vez con más rapidez; muchos de ellos, en particular los que tienen una aplicación directa en el campo de la medicina, provocan frecuentemente, no sólo asombro, sino también, de acuerdo con los componentes culturales de la sociedad de que se trate la emergencia de nuevas condiciones jurídicas, éticas y morales.

Tal es el caso en la actualidad, cuando se abordan los aspectos de los cuidados intensivos, de la manipulación genética, de la transferencia de embriones, de los bancos de esperma, de los órganos y tejidos y de su trasplante.

Hoy, los trasplantes son una realidad. El conocimiento cada vez más fino de los mecanismos involucrados en el fenómeno del rechazo, los

métodos de tipificación más preciosos, el consecuente advenimiento de medicamentos el importantísimo papel que han jugado los avances en la anestesia, en los cuidados pre, trans y postoperatorios y en los métodos de preservación de órganos, han hecho de los trasplantes procedimientos cada vez más seguros y de mejores resultados, brindando a pacientes antes condenados a la muerte la posibilidad de una vida, no sólo más larga, sino de excelente calidad.

El nacimiento, la preservación de la vida, la salud, la mitigación del dolor y la aceptación de la muerte provocan interrogantes esenciales sobre la existencia humana.

En el ámbito profesional, estas cuestiones se abordan de acuerdo con los distintos métodos de la Filosofía, la Ética, la Medicina y el Derecho.

El pensamiento pitagórico en Occidente y las enseñanzas taoístas en Oriente, hace casi 2500 años sentaron las bases de una filosofía médica que acentuaba los principios de armonía y equilibrio.

Esta doctrina consideraba que la salud y la felicidad representaban un equilibrio cósmico o una meta de armonía en la vida: luego entonces, la enfermedad era el resultado de algún desequilibrio, y la función de la Medicina era restituirlo, aceptando las limitaciones de la pericia médica como confín natural de la intervención humana.¹

La primera transfusión sanguínea se atribuye a Denis, quien en 1667, en París, utilizó sangre de cordero y se dice que fue con éxito. Posteriormente, tras la frecuente aparición de accidentes en estos

¹ Cfr. SASSI, Hans Martín. La bioética: Fundamentos filosóficos y aplicación. Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana. Mayo Junio de 1990. Organización Panamericana de la Salud. México Distrito Federal. Págs. 6 y 7.

procedimientos, Blondell, en 1825, aconsejó el uso de sangre humana para todos los casos de transfusiones.

No fue sino hasta 1900, cuando Landsteiner, al descubrir los grupos sanguíneos sentó las bases científicas para el tipo de transfusión que hoy conocemos. Para el año de 1799 ya se practicaba en seres humanos la inseminación artificial.

El iniciador de los trasplantes de órganos fue Alexis Corel; entre 1902 y 1911 realizó diferentes trabajos relacionados con ellos.

En nuestro país compete a la Secretaría de Salud ejercer el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de los seres humanos.

Las personas y establecimientos que realizan actos relacionados con la disposición de órganos deberán contar con la autorización de la Secretaría de Salud. Los establecimientos de salud, previa dicha autorización, podrán instalar y mantener, para fines terapéuticos, bancos de órganos y tejidos, los que serán utilizados bajo la responsabilidad técnica de la dirección del establecimiento de que se trate, de conformidad con las disposiciones aplicables.

En nuestro país en el año de 1985 se creó la Coordinación del centro de referencia para trasplantes con sede en el Instituto Nacional de la Nutrición Salvador Subirán.

En aquel entonces se programó una computadora para que cuando se tuviera un órgano disponible, rápidamente localizara a los mejores receptores, sus domicilios y sus médicos tratantes. Los criterios de elección tomados en cuenta por este programa eran la compatibilidad sanguínea, el tiempo de espera, la disponibilidad, las pruebas cruzadas con el dador, el grado de sensibilización del paciente y el número de pruebas cruzadas previas.

De forma parecida el Registro Nacional de Trasplantes tiene por objeto coordinar a los posibles donadores con los pacientes que están en espera de órganos.

En la actualidad, consideramos que el trasplante de órganos y tejidos, constituye una importante función, que lucha frontalmente contra el inevitable fenómeno de la muerte, el éxito de un trasplante, reduce las posibilidades de mortalidad, cuando menos representa una esperanza de sobrevivencia de que la vida continúe por más tiempo.

Con significativos avances, la ciencia médica ha logrado salvar muchas vidas, por padecimientos y enfermedades que podían conducir hacia una muerte segura, por esto mismo, deben calificarse como positivos y progresistas, los resultados obtenidos con la figura médica del trasplante.

La ciencia y la tecnología están al servicio de la humanidad, a efecto de que tenga un mejor modo de vida, por esta razón, es de gran importancia, que los Estados continúen apoyando a sus órganos internos competentes, en la disposición de órganos y tejidos de seres humanos, destinando mayor presupuesto que permita mantener un control estricto, serio y formal en su funcionamiento.

II.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

La reseña de los eventos más importantes que han ocurrido en la evolución histórica de los servicios de Salud ofrece evidentes contrastes:

Durante el siglo XIX y principios del XX, la función primordial que se reservaba al estado era la de garantizar los derechos individuales y, por ello, no se concebía un sistema público de prestación de servicios de salud.

De acuerdo con esa concepción, el gobierno de la República se limitó a llevar a cabo acciones de control epidemiológico, fundamentalmente en puertos y fronteras. La asistencia social, ámbito de los servicios de salud, se manifestaba, en acciones aisladas y coyunturales.

Las organizaciones eclesiásticas, las instituciones de beneficencia privada y los particulares asumieron, de manera desarticulada y casuística responsabilidades en materia de asistencia social.

Más adelante la desamortización de los bienes del clero motivó que las instituciones de asistencia en el Distrito Federal quedaran bajo el control del gobierno federal.

La autoridad civil ejercía la vigilancia de los establecimientos asistenciales administrados por el ayuntamiento, a través de la Secretaría de Gobernación.

En 1872 el consejo superior de Salubridad, creado en 1846, fue transformado y poco después se crearon juntas de salubridad en cada uno de los estados, así como juntas de sanidad en los puertos.

Merece destacarse que en 1894 se expidió el primer Código Sanitario, que concedió autoridad al ejecutivo federal sobre puertos, fronteras y asuntos migratorios, y que en 1899 entró en vigor la ley de beneficencia privada para el Distrito y Territorios Federales, la cual establecía una junta para promover y vigilar los establecimientos.

Se advierte así que en la segunda mitad del siglo pasado el estado no asumió la responsabilidad de prestar atención médica conforme a un criterio de universalidad.

Las acciones efectuadas de prevención y restauración de la salud, en su mayoría se constituían en expresión de algunos grupos y sistemas sociales preocupados por el bienestar de ciertos núcleos de población desprotegidos.

Entre 1917 y 1982 ocurrieron diversos actos que influyeron en la situación actual del Sector Salud en nuestro país, esta etapa se inicia con la Constitución política de Querétaro, cuyo artículo 73 confía a los poderes federales la Salubridad General de la República y que previene la creación de dos dependencias básicas de Salud: El departamento de Salubridad (ahora Secretaria de Salud), y el Consejo de Salubridad General.

La Constitución de 1917, producto de la primera Revolución Social del siglo XX, agrega los derechos Sociales a los derechos individuales.

En su artículo 123 se establecen las bases fundamentales de la seguridad social de los trabajadores, al respecto, cabe citar lo expresado por Ángel Guillermo Ruiz Moreno:

“Los ideólogos y líderes de la revolución tenían como principal objetivo liberar al pueblo de las enormes insatisfacciones sociales que le aquejaban, pretendiendo sacudirse los siete lustros de dictadura porfirista que trajo consigo grandes problemas sociopolíticos y militares, mismos que evidentemente originaron un sentido estancamiento industrial. La lucha por la fijación de los derechos y deberes de la sociedad y de los hombres, así como por la determinación de los principios e ideales destinados a resolver los grandes problemas nacionales, constituye sin lugar a dudas el trasfondo de nuestro drama histórico fratricida, pues esas normas y principios son los elementos vitales que penetrarían en la entraña de

las clases desposeídas, para modificar radicalmente la estructura de la sociedad".²

Al respecto explica el Doctor Mario de la Cueva:

“En el último cuarto del siglo XIX, se inició un gran movimiento ideológico y social en el viejo continente, una de cuyas grandes manifestaciones es lo que se llamó, en Alemania, la 'política social'. Es suficientemente conocido el hecho de que fue en ese país donde nacieron los seguros sociales, fuente primordial y general de lo que hoy denominamos la seguridad social. Por otro lado, la Constitución de 5 de febrero de 1917, es la culminación de un drama histórico cuyos orígenes se remontan a la guerra de Independencia, teniendo como escenario la lucha de un pueblo por conquistar la libertad de sus hombres, por realizar un mínimo de justicia social en las relaciones humanas y por asegurar un régimen de derecho en la vida social. Los ideales pueden resumirse en unas pocas palabras: devolver al hombre americano su dignidad y restituirle en el goce de esta tierra suya, hecha para la libertad y el trabajo”.³

Sin duda alguna, la revolución mexicana fue la revelación dialéctica de nuestro tiempo y gracias a ella nuestro país goza cotidianamente de amaneceres libertarios. No significó solamente la suma de los más de un millón de mexicanos muertos en un país de apenas seis millones de habitantes, sangre que tiñó nuestros campos en una lucha cruenta y fratricida; estamos convencidos que significó -y sigue significando, a nuestro entender- la suma de voluntades, pensamientos e ideales de un pueblo en busca de libertad, justicia social y democracia.

² RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. Nuevo Derecho de la Seguridad Social. 5ª. Edición. Editorial Porrúa. 2001. Pág. 82.

³ DE LA CUEVA, Mario. Nuevo Derecho del Trabajo. 2ª. Edición. Tomo II. Editorial Porrúa. México 1998. Pág. 55.

En concepto del jurista de la Universidad de Guadalajara Jorge Humberto Chavira Martínez:

“La revolución mexicana es, sin duda, el mejor esfuerzo contemporáneo de una siempre inconclusa gesta emancipadora. Ella atestigua la perseverancia de un pueblo, que a través de influencia, imitaciones y limitaciones, muchas veces contradictorias y enajenantes, se ha encontrado con la obligación ético-histórica, de preservar libertad sin extraviar justicia, y de arribar a la justicia sin conculcar la libertad. Sobre las aparentes ruinas de una epopeya admirable, empezaba a reconstruirse la nación, merced al parto de nuevas instituciones y de nuevas leyes, es decir, de un derecho hecho Estado, en un Estado de derecho constitucional.

La Constitución, consecuencia dialéctica, ética y programática de la revolución, a su vez devino en instituciones Republicanas, que consagraron garantías individuales y derechos sociales, nacionalismo revolucionario, Estado de derecho y orden constitucional, economía mixta con rectoría económica del Estado, Federalismo, Municipalismo y división de Poderes, estructuras representativas democráticas, supremacía de la autoridad civil, separación de la Iglesia y el Estado, preeminencia del interés general sobre el particular, derechos laborales y agrarios, educación laica y gratuita, sufragio efectivo sin reelección, dominio del Estado sobre áreas estratégicas y recursos naturales, y el Constituyente Permanente, vigilante del pulso de los nuevos tiempos; y que nos dan progreso en la justicia y paz en la libertad”.⁴

El citado Maestro Mario de la Cueva afirmó respecto al Derecho Social:

⁴ CHAVIRA MARTÍNEZ, Jorge Humberto. Conferencia sobre la Constitución Mexicana de 1917. Ex Recinto Legislativo. Guadalajara, Jalisco México. Pág. 6.

“Los hombres que hicieron la revolución demandaban un mínimo de justicia en la vida social y en las relaciones de trabajo; la esencia de una Constitución es su declaración de derechos: ella determina el grado de la dignidad humana. El problema de México será el cumplimiento generoso y tal vez la superación de sus tres preceptos fundamentales: del artículo 39 Constitucional para impartir instrucción a todos los hombres; del artículo 27 Constitucional para entregar el campo a los campesinos, que son sus dueños; y del artículo 123 Constitucional para hacer del trabajador una persona digna y un ciudadano”.⁵

En cuanto al basamento jurídico de la seguridad social mexicana, es innegable que el derecho social, que tuvo su fundamento precisamente en los artículos 32, 27 y 123 de la Constitución General de la República, comenzó a forjarse al través del derecho de acceso de todos los mexicanos a la educación laica y gratuita; a un derecho agrario reivindicador de los campesinos, que terminara con los latifundios e hiciera un reparto justo y equitativo de las tierras cultivables, y sobre todo que respetase el principio de que "la tierra es de quien la trabaja"; y en la que ahora más importa destacar, del derecho laboral que cambió de raíz las estructuras en las relaciones capital y trabajo.

Respecto a este último, invariablemente los tratadistas que abordan la temática han intentado focalizar las raíces del derecho obrero en la declaración de derechos que contiene el Título Sexto, "Del Trabajo y de la Previsión Social", de nuestra Carta Fundamental, contenida en su artículo 123.

El autor Héctor Santos Azuela, señala estos avances evolutivos:

⁵ DE LA CUEVA, Mario. Nuevo Derecho del Trabajo. Op. Cit. Pág. 58.

“Con la evolución histórica de sus instituciones, el derecho del trabajo ha transformado dinámicamente su naturaleza, reglamentación y estudio. Incluso en la actualidad, las profundas mutaciones económico-sociales hacen pensar seriamente en un cambio radical de sus principios. En este sentido, se comenta con frecuencia que las normas protectoras del trabajo son exageradas y que desalientan la inversión y la libre competencia en los mercados, encadenando el progreso y frenando la productividad. Sin embargo, se sostiene con preocupación también, que la crisis provocada por los grandes monopolios y los turbios manejos de gobiernos inconscientes, han provocado la ruina y con ella el desempleo, amén del deterioro paulatino de los derechos obreros.

Lo cierto es que para conocer la naturaleza de esta ciencia y las actividades o conductas que regula, se debe determinar si sólo se ocupa del trabajo que se ejecuta por cuenta ajena (o por otro), llamado también subordinado, o si comprende a su vez el trabajo autónomo, el que una persona realiza por cuenta propia; Si puede abarcar incluso, el trabajo que se presta al servicio del Estado o si sólo se reduce al estudio y reglamentación del llamado trabajo en general que se desempeña en las empresas privadas. Dentro de la doctrina predomina la opinión de que esta disciplina se ocupa fundamentalmente del trabajo subordinado, pero que se extiende de manera progresiva a otro tipo de actividades humanas que por lo común, no eran estimadas como laborales”.⁶

El Dr. Roberto Charis Gómez sobre el particular establece:

“El trabajo -se consigna en diversas obras-, siempre ha existido en la humanidad, surge con el hombre, refiérase el origen de éste a un estado paradisíaco o, en épocas prehistóricas. Ambos criterios se anteponen, en virtud de que conforme a la primera tesis: la humanidad se inicia con una especie de edad de oro; el mundo nace

⁶ SANTOS AZUELA, Héctor. Derecho del Trabajo. Editorial Mac Graw Hill. México 1998. Pág. 51.

esplendoroso del caos, y la tierra fértil y pródiga no esperaba sino un rey: el hombre. Conforme al segundo observamos la lucha del hombre con la naturaleza, en la que éste debe enfrentarse con fieras y con el hombre mismo; que su instinto de supervivencia le permitirá obtener éxitos y en otros casos, superar sus primeros fracasos.

“Independientemente de las dos concepciones descritas, debemos resaltar que el trabajo es: consubstancial con el hombre; el hombre ingresa a la vida consciente trabajando. La propia naturaleza se lo impone, puesto que el hombre es el único ser que necesita la transformación de los frutos de la naturaleza, e incluso para alimentarse.

Por tal razón, debemos señalar que el trabajo ha sido el factor determinante del progreso de la humanidad, gracias a ello se han dado los cambios en las sociedades, en los Estados, por constituir éste una

manifestación de las potencias humanas e integra la tarea de realización substancial de la persona, favoreciendo el desarrollo de su personalidad su función creadora pone de manifiesto las virtudes y potencialidades que encierra la persona esto no hace sino confirmar la condición dignificante del trabajo y marcar su fundamento ético, ya que pone en evidencia el dominio del hombre sobre las cosas y que el trabajo está en función del hombre y no el hombre en función del trabajo”.⁷

Con las ideas expuestas, podemos percibir claramente como fue surgiendo la necesidad de regular las relaciones laborales, y que la inserción del trabajo en el derecho tuvo serias dificultades; quizá para los jóvenes de ahora resulte muy complicado comprender a cabalidad el estado de cosas que motivó la explosión social de

⁷ CHARIS GÓMEZ, Eduardo. Estudios de Derecho del Trabajo. Editorial Porrúa. México 1997. Págs. 17 y 18.

nuestra revolución de principios de siglo XX, así como la lacerante realidad social proveniente de las paupérrimas condiciones que padecían los obreros y campesinos de este país.

Algo similar ocurre con el surgimiento del seguro social en México. De ahí que las concepciones doctrinales y la plena intención de instaurar este esquema protector surgieran y cobraran forma apenas en la primera década de dicho siglo, cuando los partidos políticos comenzaran a discutir y a publicar sus programas de acción y oferta electoral, que al cabo de los años y con la consolidación de las ideas victoriosas, llegarían a estructurar lo que bien pudiéramos llamar ahora el ideario de la revolución mexicana.

En nuestro país, la primera referencia clara sobre seguridad social se encuentra en el Programa del Partido Liberal, publicado por el grupo de los hermanos Flores Magón, en el exilio en la ciudad de San Luis Missouri, Estados Unidos, el 12 de julio de 1906, en cuyo punto 27 -incluido en el capítulo de "capital y trabajo"-, proponía obligar a los patrones a pagar indemnización por accidentes laborales y otorgar pensión a los obreros que hubiesen agotado sus energías en el trabajo.

Sobre este tópico, Francisco Macías Rodríguez opina:

“Este documento en la historia de la revolución mexicana, es probablemente el que tuvo la mayor influencia y trascendencia para elaborar la doctrina y la teoría política de ese gran movimiento revolucionario. Fundado en la justicia, la moral y la razón, se pronuncia por conseguir una educación obligatoria, restitución de ejidos y distribución de tierras, crédito agrícola, nacionalización de la riqueza, jornadas de ocho horas, protección a la infancia, salario mínimo, descanso dominical obligatorio, abolición de tiendas de raya, pensiones de retiro e indemnizaciones por accidentes de

trabajo, protección a la raza indígena, expedición de una ley del trabajo, etcétera”.⁸

A Ricardo Flores Magón debemos el concepto de solidaridad en nuestra patria, que es obviamente el principio que permea en todo nuestro sistema de seguridad social -una visión conceptual que bien valdría tener siempre en mente y no olvidarla jamás.

“La solidaridad es la verdad de las virtudes. La materia existe por la solidaridad de los átomos. Sin esa verdad todo el edificio del universo se desplomaría y despedazaría en la oscuridad, como polvo esparcido por los vientos. La 'solidaridad' es esencial en la existencia, es condición de la vida. Las especies que sobreviven en la lucha por la existencia, no son de ningún modo las que están compuestas por los individuos más fuertes, sino aquéllas cuyos componentes adoran más reverentemente la mayor de las verdades: la solidaridad”.⁹

No es posible entender ningún esquema de seguridad social sin contar con un basamento solidario, en modo tal que cualquier modelo que inobserve o pretenda soslayar a la solidaridad como fundamento y razón de ser de esta materia, comienza a perder su esencia.

En este sentido, conforme afirmara el Dr. Novoa Fuenzalida: "si pudiese condensarse en una sola palabra el basamento axiológico de la Seguridad Social, ésta sería 'solidaridad', concepto que implica 'la distribución' equitativa del costo del sistema; el esfuerzo de toda la comunidad en su propio beneficio, esfuerzo al que deben contribuir todos y cada cual según sus capacidades y necesidades".¹⁰

⁸ Citado por RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. Nuevo Derecho de la Seguridad Social. Op. Cit. Pág. 86.

⁹ Íbidem. RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. Pág. 86.

¹⁰ NOVOA FUENZALIDA, Pedro. Derecho de la Seguridad Social. Edición del Autor. Santiago de Chile 1977. Pág. 110.

Por otro lado, Alcalá Zamora y Guillermo Cabanellas, en una acepción más específica y concreta, afirmaron que la solidaridad: "Impone sacrificios a los jóvenes respecto de los viejos; a los sanos frente a los enfermos; a los ocupados laboralmente, frente a los que carecen del empleo que quieren y necesitan; a los vivientes, con relación a las familias de los fallecidos; a los carentes de carga de familia, para los que soportan, económicamente al menos; y a las actividades en auge y a las empresas prósperas, respecto de sectores deprimidos y quehaceres en crisis".¹¹

Y en ese mismo orden de ideas Miguel García Cruz explica respecto al principio de la solidaridad: "Tiene un sentido materialista, cósmico, de muy sólida actualidad científica; pero en sus objetivos, es esencialmente humano, en cuanto persigue alcanzar para el hombre y para la sociedad cada vez más alto bienestar, con mejores condiciones de vida y educación".¹²

Sentados ya los alcances del concepto de solidaridad -sin el cual a nuestro parecer no puede haber seguridad social-, refirámonos acto seguido a los aspectos históricos más destacados en la conformación del seguro social en nuestra patria.

En el año de 1909, al organizarse el Partido Democrático que fuera liderado por el licenciado Benito Juárez Maza -hijo del Presidente Juárez y de doña Margarita Maza-, se publica su Manifiesto político en el que planteaban la necesidad de expedir leyes sobre accidentes del trabajo y disposiciones que permitieran hacer efectiva la responsabilidad de las empresas en los casos de accidente. En este contexto, recordemos que en Europa hacía ya dos décadas en que se acababa de estructurar el primer seguro social del mundo, por lo que

¹¹ Autores citados por RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. Nuevo Derecho de la Seguridad Social. Op. Cit. Pág. 87.

¹² GARCÍA CRUZ, Miguel. Evolución Mexicana del Ideario de la Seguridad Social. Instituto de Investigaciones Sociales UNAM. México Distrito Federal 1962. Pág. 21.

se veía como una necesidad sentida hacer algo al respecto en México.

“El 25 de abril de 1910, Don Francisco I. Madero, al aceptar la candidatura para la presidencia de la República por el Partido Antireeleccionista, se comprometió públicamente a presentar iniciativas de ley para asegurar pensiones a los obreros mutilados en la industria, en las minas, o en la agricultura, o bien pensionar a sus familiares, cuando aquéllos perdiesen la vida al servicio de alguna empresa.

Néstor De Buen Lozano afirma al respecto: "Es de justicia señalar que una fórmula parecida a las anteriores se había seguido en la Ley sobre Accidentes de Trabajo promulgada por el General Bernardo Reyes, Gobernador del Estado de Nuevo León, el 9 de noviembre de 1906, y en cuyo artículo 4° se consagraba la amplia responsabilidad patronal derivada de los accidentes, consistentes en el pago de asistencia médica y farmacéutica y gastos de inhumación, en su caso, así como de pensiones temporales para los incapacitados o sus beneficiarios".¹³

Ya como Presidente de la República, Don Francisco I. Madero, en diciembre de 1911, formula las bases generales para una legislación obrera que, entre otras cosas, tocaba aspectos tales como las condiciones de seguridad y salubridad en los talleres y fábricas, al igual que la previsión social y los seguros obreros. No obstante, la rebelión de Pascual Orozco impidió continuar esos estudios para elaborar el proyecto de ley que tenía planeado.

En el año de 1913, después del asesinato del Presidente Madero, con un Congreso de la Unión bajo la opresión del gobierno usurpador de Victoriano Huerta, los diputados Eduardo J. Correa y Román Morales, presentaron el 27 de mayo su proyecto de Ley para

¹³ DE BUEN LOZANO, Néstor DE. Seguridad Social. Editorial Porrúa. México 1995. Pág. 24.

remediar el daño procedente del riesgo profesional, mediante la creación de una "Caja del Riesgo Profesional".

Por su parte los diputados José Natividad Macías, Luis M. Rojas, Alfonso Gravioto, Miguel Alardín, Francisco Ortiz Rubio, Jesús Urueta y Félix F. Palaviccini, entre otros, presentaron a la Cámara de Diputados, el 17 de septiembre de 1913, el primer proyecto de Ley del Trabajo, con el fin de plantear soluciones a los siguientes problemas: contrato de trabajo, descanso dominical, salario mínimo, habitación del trabajador y educación de los hijos de los trabajadores. En lo que más nos interesa resaltar ahora, en dicho proyecto se incluyó un capítulo del seguro social, el que por cierto - vale aquí reiterarlo-, en aquella época se entendía solamente como una parte de la legislación laboral. Todas estas iniciativas quedaron pendientes, pues el Congreso fue disuelto y los diputados encarcelados por las fuerzas de la usurpación huertista.

“Pero el 24 de septiembre del mismo año de 1913, el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Venustiano Carranza, manifestó en un célebre cuanto conmovedor discurso:

“Terminada la lucha armada a que convoca el Plan de Guadalupe, tendrá que principiar formidable y majestuosa la lucha social, la lucha de clases, queramos o no queramos nosotros mismos y opónganse las fuerzas que se opongan, las nuevas ideas sociales tendrán que imponerse en nuestras masas; y no es sólo repartir las riquezas nacionales, no es sufragio efectivo, no es abrir más escuelas, no es igualar y repartir las riquezas nacionales, es algo más grande y más sagrado: es establecer la justicia, es buscar la igualdad, es la desaparición de los poderosos, para establecer el equilibrio de la conciencia nacional... tendremos que removerlo lodo, creando una nueva Constitución cuya acción benéfica sobre las masas nada ni nadie puede evitar, nos faltan leyes que favorezcan al campesino y al obrero; pero éstas serán promulgadas por ellos

mismos, pues serán los que triunfen en esta lucha reivindicadora y social".¹⁴

Una vez consumado el movimiento revolucionario, Don Venustiano Carranza convocó a un Congreso Constituyente para elaborar la Constitución Política que nos habría de regir. En la discusión del Proyecto de Constitución, en asamblea celebrada en la ciudad de Querétaro en los meses de diciembre de 1916 y enero de 1917, se determina el compromiso de atender con mayor énfasis la problemática de los derechos sociales, plasmándose, entre otros, los relativos al trabajo del campo y de la fábrica -finalmente contemplados en los artículos 27 y 123 Constitucionales-, en los cuales se fijan las reglas para el reparto y tenencia de la tierra, al igual que para la regulación de las relaciones obrero patronales, ambos preceptos con un marcado sentido de justicia social.

Los nuevos derechos sociales -también llamados derechos públicos subjetivos colectivos-, constituyeron la gran innovación de la Norma Fundamental en nuestro país, habiendo quedado plasmados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos promulgada el 5 de febrero de 1917, que fue la fulgurante culminación del movimiento revolucionario de principios de siglo; por lo demás, en términos generales puede afirmarse que nuestra Carta Magna conservó la estructura de la Constitución Federal de 1857.

En lo que más conviene resaltar, en el artículo 123, fracción XXIX, el texto original de dicho precepto establecía literalmente: "Se considera de utilidad social el establecimiento de cajas de seguros populares, de invalidez, de vida, de cesación involuntaria de trabajo, de accidente y de otros fines análogos, por lo cual, tanto el Gobierno Federal como el de cada Estado, deberán fomentar la organización de instituciones de esta índole para infundir e inculcar la previsión popular".

¹⁴ Íbidem. Pág. 25.

No obstante su parca redacción, esta innovación legislativa fue un enorme avance de muy alto contenido revolucionario, al igual que el resto de las disposiciones para regular los factores de la producción, pues no debemos olvidar que hasta antes de la vigencia del artículo 123 Constitucional, el contrato de trabajo era considerado como una simple modalidad" del contrato civil de arrendamiento, donde el hombre trabajador, minimizado, se equiparaba a una cosa o un bien y su esfuerzo sólo era una mercancía, sin gozar de las garantías indispensables para enaltecerlo y conservar una congénita dignidad humana; no se había consagrado aún el derecho de libertad de asociación, ni se acondicionaban los locales en que se prestaba el trabajo, mucho menos se podía pensar en mejores prestaciones económicas o en los servicios que luego habrían de otorgar los seguros sociales.

Así entonces, nuestra revolución -cuyo ideario se plasma en la Constitución Política de 1917 que reformada aún nos rige-, concibió que el trabajo debe merecer todas las garantías económicas, políticas y sociales, porque es el medio esencial para producir los bienes y satisfactores de las necesidades del hombre y de la sociedad, asegurando su propia existencia. Generó también las llamadas garantías sociales, que protegen a las personas no como individuos, sino como miembros de una clase o grupo social determinados, e imponen obligaciones activas al Estado para intervenir en favor de estas clases o grupos.

Los derechos laboral, agrario, educativo -y luego el de la seguridad social-, son producto de estas garantías sociales, fruto del hecho y del derecho emancipador, esto es: de la revolución transformadora del estado de cosas en el país, plasmado su ideario en nuestra actual Constitución Federal.

En 1934 entró en vigor la ley de coordinación y cooperación de servicios de salubridad, que previno la celebración de convenios

entre el departamento de salubridad pública y los gobiernos de los estados para que se crearan los servicios coordinados de salud pública, órganos regionales de competencia coordinada y concurrente, para así sumar los esfuerzos de los dos niveles de gobierno y lograr la unificación técnica de los servicios.

En 1937 se creó la secretaria de asistencia, la cual en 1943, se fusionó con el Departamento de Salubridad para constituir la Secretaria de Salubridad y Asistencia, ahora Secretaria de Salud.

La Ley de Secretarías y Departamentos de 1947 otorga a la Secretaria de Salubridad y Asistencia facultades para organizar, administrar, dirigir y controlar la prestación de servicios de salud; la Asistencia y la Beneficencia Pública.

En ese mismo año se confía a la Secretaria de Salubridad y Asistencia la Administración del Patrimonio de la Beneficencia Pública.

En 1954 se creó la Comisión Nacional de hospitales por decreto se encomendó a la Secretaría de Salubridad y Asistencia, la tarea de orientar los programas de construcción y organización de unidades hospitalarias y se declaró de interés y beneficio social la campaña para erradicar el paludismo.

II.3 EXAMEN DEL CAPÍTULO REGULATORIO DE LOS DELITOS.

En la Ley General de Salud, se ubican entre los artículos 455 al 472 inclusive, de dicho ordenamiento jurídico.

“ART. 455.- Al que sin autorización de las autoridades sanitarias competentes o contraviniendo los términos en que ésta haya sido concedida, importe, posea, aísle, cultive, transporte, almacene o en general realice actos

con agentes patógenos o sus vectores, cuando éstos sean de alta peligrosidad para la salud de las personas, de acuerdo con las normas técnicas emitidas por la Secretaria de Salud, se le aplicará de uno a ocho años de prisión y multa equivalente de cien a dos mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate”.

Agente significa aquello que obra o tiene virtud de obrar. Patógeno es lo que origina y desarrolla una enfermedad. Vector es un ser vivo que puede transmitir o propagar una enfermedad.

En la Enciclopedia Encarta se explica que las bacterias fueron consideradas los agentes patógenos de todas las enfermedades infecciosas.

Los efectos patógenos provocados por las bacterias en los tejidos pueden agruparse en las cuatro clases siguientes:

Efectos provocados por la acción directa local de la bacteria sobre los tejidos, como en la gangrena gaseosa causada por *Clostridium perfringens*;

Efectos mecánicos, como cuando un grupo de bacterias bloquea un vaso sanguíneo y causa un émbolo infeccioso;

Efectos de respuesta del organismo ante ciertas infecciones bacterianas en los tejidos, como las cavidades formadas en los pulmones en la tuberculosis, o la destrucción de tejido en el corazón por los propios anticuerpos del organismo en las fiebres reumáticas;

Efectos provocados por toxinas producidas por las bacterias, sustancias químicas que resultan tóxicas en algunos tejidos. Las toxinas son, en general, específicas de cada especie; por ejemplo, la

toxina responsable de la difteria es diferente de la responsable del cólera.¹⁵

Con las ideas anteriores, puedo entender que se trata de una acción que tiene como objetivo principal ejecutar la acción de importar, poseer, cultivar, transportar o almacenar elementos que pueden generar enfermedades a la población.

Se trataría de un delito de acción, doloso y de peligro, conforme a la teoría del delito.

“ART. 456.- Al que sin autorización de la Secretaría de Salud o contraviniendo los términos en que ésta haya sido concedida, elabore, introduzca a territorio nacional, transporte, distribuya, comercie, almacene, posea, deseche o, en general, realice actos con las sustancias tóxicas o peligrosas a que se refiere el artículo 278 de esta ley, con inminente riesgo a la salud de las personas, se le impondrá de uno a ocho años de prisión y multa equivalente de cien a dos mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate”.

Elaborar, introducir a territorio nacional, transportar, distribuir, comerciar, almacenar, poseer, desechar o, en general, realizar actos son verbos que se refieren a hacer, por ello sostengo que en cuanto a la conducta, es un delito de acción, eminentemente doloso.

“ART. 457.- Se sancionará con pena de uno a ocho años de prisión y multa por el equivalente de cien a diez mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate, al que

¹⁵ VOZ Bacteria. Enciclopedia Encarta. México 2005.

por cualquier medio contamine un cuerpo de agua, superficial o subterráneo, cuyas aguas se destinen para uso o consumo humanos, con riesgo para la salud de las personas”.

Contaminar significa alterar nocivamente la pureza o las condiciones normales de una cosa o un medio por agentes químicos o físicos. Contagiar, inficionar. Este es un delito que se comete de manera cotidiana por mexicanos que en general carecemos de una cultura de respeto por el hábitat y nos hemos empeñado en destruirlo; por lo explicado es un delito de acción, doloso, de daño y de peligro.

“ART. 458.- A quien sin la autorización correspondiente, utilice fuentes de radiaciones que ocasionen o puedan ocasionar daños a la salud de las personas se le aplicará de uno a ocho años de prisión y multa equivalente de cien a dos mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate”.

Leemos en la Enciclopedia Encarta, respecto a los efectos biológicos de la radiación, que pueden entenderse como las consecuencias de la acción de una radiación ionizante sobre los tejidos de los organismos vivos.

La radiación transfiere energía a las moléculas de las células de estos tejidos. Como resultado de esta interacción las funciones de las células pueden deteriorarse de forma temporal o permanente y ocasionar incluso la muerte de las mismas.

La gravedad de la lesión depende del tipo de radiación, de la dosis absorbida, de la velocidad de absorción y de la sensibilidad del tejido frente a la radiación.

Los efectos de la radiación son los mismos, tanto si ésta procede del exterior, como si procede de un material radiactivo situado en el interior del cuerpo.

Los efectos biológicos de una misma dosis de radiación varían de forma considerable según el tiempo de exposición.

Los efectos que aparecen tras una irradiación rápida se deben a la muerte de las células y pueden hacerse visibles pasadas horas, días o semanas.

Una exposición prolongada se tolera mejor y es más fácil de reparar, aunque la dosis radiactiva sea elevada.

No obstante, si la cantidad es suficiente para causar trastornos graves, la recuperación será lenta e incluso imposible. La irradiación en pequeña cantidad, aunque no mate a las células, puede producir alteraciones a largo plazo.

No es probable que una irradiación interna, cause trastornos graves sino más bien algunos fenómenos retardados, que dependerán del órgano en cuestión y de su vida media, de las características de la radiación y del comportamiento bioquímico de la fuente de radiación. El tejido irradiado puede degenerar o destruirse e incluso desarrollar un cáncer.¹⁶

El delito es de acción, doloso, de daño o de peligro.

“ART. 459.- Al que por cualquier medio pretenda sacar o saque del territorio nacional sangre humana, sin permiso de la Secretaría de Salud, se le impondrá prisión de uno a diez años y multa por el equivalente de cien a

¹⁶ VOZ Efectos biológicos de la radiación. Enciclopedia Encarta. México 2005.

quinientos días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate. Si el responsable es un profesional, técnico o auxiliar de las disciplinas para la salud, a la pena anterior se añadirá suspensión en el ejercicio de su profesión u oficio hasta por cuatro años”.

“ART. 460.- Al que saque o pretenda sacar del territorio nacional derivados de la sangre humana sin permiso de la Secretaría de Salud, se le impondrá prisión de uno a cinco años y multa por el equivalente de diez a ciento veinticinco días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate. Si el responsable es un profesional, técnico o auxiliar de las disciplinas para la salud, a la pena anterior se añadirá suspensión en el ejercicio de su profesión u oficio hasta por cuatro años”.

En la referida Enciclopedia Encarta se explica que la sangre, es una sustancia líquida que circula por las arterias y las venas del organismo.

La sangre es roja brillante o escarlata cuando ha sido oxigenada en los pulmones y pasa a las arterias; adquiere una tonalidad más azulada cuando ha cedido su oxígeno para nutrir los tejidos del organismo y regresa a los pulmones a través de las venas y de los pequeños vasos denominados capilares.

En los pulmones, la sangre cede el dióxido de carbono que ha captado procedente de los tejidos, recibe un nuevo aporte de oxígeno e inicia un nuevo ciclo.

Este movimiento circulatorio de sangre tiene lugar gracias a la actividad coordinada del corazón, los pulmones y las paredes de los vasos sanguíneos.¹⁷

En definitiva es fundamental la sangre en el ser humano, por ello consideramos justificada la creación de estos tipos penales por parte del legislador, en cuanto a su ubicación es un delito de acción, doloso, de daño o de peligro.

“ART. 461.- Al que saque o pretenda sacar del territorio nacional, órganos, tejidos y sus componentes de seres humanos vivos o cadáveres, sin permiso de la Secretaría de Salud, se le impondrá prisión de uno a ocho años y multa por el equivalente de diez a ciento veinticinco días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate.

Si el responsable fuere un profesional, técnico o auxiliar de las disciplinas para la salud, a la pena anterior se añadirá suspensión en el ejercicio de su profesión u oficio hasta por cuatro años”.

“ART. 462.- Se impondrán de dos a seis años de prisión y multa por el equivalente de veinte a ciento cincuenta días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate:

I. Al que ilícitamente obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre órganos,

¹⁷ VOZ Sangre. Enciclopedia Encarta. México 2005.

tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos, y

II. Al que comercie con órganos, tejidos incluyendo la sangre, y sus componentes, cadáveres, fetos o restos de seres humanos. Si intervinieran profesionales, técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud, se les aplicará, además suspensión de uno a tres años en el ejercicio profesional, técnico o auxiliar y hasta cinco años más, en caso de reincidencia”.

“ART. 462 bis.- Al responsable o empleado de un establecimiento donde ocurra un deceso o de locales destinados al depósito de cadáveres, que permita alguno de los actos a que se refieren las fracciones I y II del artículo anterior o no procure impedirlos por los medios lícitos que tenga a su alcance, se le impondrá de tres a ocho años de prisión y multa por el equivalente de veinte a ciento cincuenta días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate. Si intervinieran profesionales, técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud, se les aplicará, además, suspensión de uno a tres años en el ejercicio profesional, y hasta cinco años más en caso de reincidencia”.

Por la importancia de los tejidos y cadáveres, además del respeto que nos deben los restos humanos, creemos que su ilícito manejo merece las sanciones previstas en los numerales anteriores, son

tipos penales que prevén actos realmente criticables y se trata de tipos de acción, dolosos, de daño y de peligro.

“ART. 463.- Al que introduzca al territorio nacional, transporte o comercie con animales vivos o sus cadáveres, que padezcan o hayan padecido una enfermedad transmisible al hombre en los términos del artículo 157 de esta ley, teniendo conocimiento de este hecho, se le sancionará con prisión de uno a ocho años y multa equivalente de cien a mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate”.

Este tipo penal prevé situaciones que sería de consecuencias funestas para una parte importante de la población de nuestro país, por ello pensamos adecuada su sanción, en virtud de que se trata de un delito doloso, excepcionalmente culposo, de acción o de omisión y de peligro.

“ART. 464.-A quien adultere, contamine, altere o permita la adulteración, contaminación o alteración de alimentos, bebidas no alcohólicas, bebidas alcohólicas, medicamentos o cualquier otra substancia o producto de uso o consumo humanos, con inminente peligro para la salud, se le aplicará de uno a nueve años de prisión y multa equivalente de cien a mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate”.

El tipo penal en estudio prevé y sanciona una práctica muy común en nuestro país, consistente en adulterar bebidas sean alcohólicas o no, lo cual justifica plenamente su sanción, es un delito de peligro, doloso y de acción.

“ART. 465.- Al profesional, técnico o auxiliar de las disciplinas para la salud y, en general, a toda persona relacionada con la práctica médica que realice actos de investigación clínica en seres humanos, sin sujetarse a lo previsto en el título quinto de esta ley, se le impondrá prisión de uno a ocho años, suspensión en el ejercicio profesional de uno a tres años y multa por el equivalente de cien a dos mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate.

Si la conducta se lleva a cabo con menores, incapaces, ancianos, sujetos privados de la libertad o, en general, con personas que por cualquier circunstancia no pudieran resistirse, la pena que fija el párrafo anterior se aumentará hasta en un tanto más”.

La sanción prevista por el numeral, es adecuada en virtud de que la investigación en cadáveres, debe ser apegada a la Ley de la materia, por lo que es un delito de acción, doloso y de peligro.

“ART. 467.- Al que induzca o propicie que menores de edad o incapaces consuman, mediante cualquier forma, sustancias que produzcan efectos psicotrópicos, se le aplicará de siete a quince años de prisión”.

En realidad se trata de un asunto realmente importante, en virtud de que el narcotráfico a nivel mayoreo o menudeo, se presenta en nuestro país con frecuencia, prácticamente en todas las zonas y su combate es una tarea titánica del gobierno a nivel municipal, estatal y federal y como dice el slogan oficial es una lucha que no se debe perder, el tipo penal se refiere a un delito que es de acción, doloso, de daño y de peligro.

“ART. 468.- Al profesional, técnico o auxiliar de las disciplinas para la salud, que sin causa legítima se rehúse a desempeñar las funciones o servicios que solicite la autoridad sanitaria en ejercicio de la acción extraordinaria en materia de salubridad general, se le aplicará de seis meses a tres años de prisión y multa por el equivalente de cinco a cincuenta días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate”.

Estamos absolutamente de acuerdo con lo previsto por el referido numeral, en virtud de que no existe una razón de peso para que profesional, técnico o auxiliar de las disciplinas para la salud, sin causa legítima se rehúse a desempeñar las funciones o servicios que solicite la autoridad sanitaria, lo que justifica su sanción, siendo sus características principales ser de acción, doloso, excepcionalmente culposo, de daño y de peligro.

Se dispone en la Ley General de Salud en su Artículo 469:

”Al profesional, técnico o auxiliar de la atención médica que sin causa justificada se niegue a prestar asistencia a una persona, en caso de notoria urgencia, poniendo en peligro su vida, se le impondrá de seis meses a cinco años de prisión y multa de cinco a ciento veinticinco días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate y suspensión para ejercer la profesión hasta por dos años.

Si se produjere daño por la falta de intervención, podrá imponerse, además, suspensión definitiva de la autoridad judicial”.

Los elementos del tipo penal son:

- 1.- Al profesional, técnico o auxiliar de la atención médica;
- 2.- Sin causa justificada se niegue a prestar asistencia a una persona;
- 3.- En caso de notoria urgencia;
- 4.- Poniendo en peligro su vida;
- 5.- Si se produce daño por falta de intervención.

El sujeto activo del delito tiene calidad específica, porque debe ser médico, técnico o auxiliar de dicha rama.

La falta de justificación para no prestar el auxilio médico, crea la antijuridicidad, en virtud de que esta conducta va contra el bien jurídico tutelado.

La notoria urgencia, es una situación en la cual se precisa la necesaria de atención médica.

Poner en peligro la vida significa arriesgar el máximo bien de todo individuo.

Los daños serían en el caso que nos ocupa, secuelas por falta de atención o en su defecto la muerte.

El bien jurídico es la vida humana (sin duda el primero de los valores penalmente tutelados), de él dimanar el resto de los valores, ya que sin él carecerían de sentido y de virtualidad práctica.

Pero el fin de la tutela rebasa con mucho, el estricto ámbito individual, la vida del hombre es protegida por el Estado no solamente en función de la particularidad concreta de cada cual, sino en consideración al interés de la colectividad.

De esta manera, la vida humana se erige en bien de carácter eminentemente público, social, dado que el elemento poblacional es esencia, fuerza y dinamicidad de la actividad del Estado, en cuanto forma suprema de organización de la sociedad.

El delito según Eugenio Cuello Calón, en su esencia es una lesión de bienes o intereses jurídicos o un peligro para ellos.

Se entiende por bien jurídico todo aquello, de naturaleza material o incorporal, que sirve para la satisfacción de necesidades humanas individuales o colectivas.

El bien jurídico es el objeto de la protección penal y al mismo tiempo el objeto del ataque delictuoso, ya tienda éste a destruirlo o menoscabarlo o simplemente a ponerlo en peligro.

Este concepto del delito explica claramente su contenido material (lesión o peligro), señala la finalidad del ordenamiento punitivo (protección de bienes jurídicos) y es base de la sistematización de los delitos en la parte especial del derecho penal.

En los últimos años que precedieron a la reciente guerra, esta doctrina fue combatida por algunos penalistas alemanes que reviviendo parcialmente el pensamiento de Binding sostuvieron que la esencia del delito es la lesión del deber de fidelidad del individuo al Estado.¹⁸

¹⁸ CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal. Derecho Penal. Tomo I. 9ª. Edición. Editora Nacional. México 1951. Págs.257 y 258.

Respecto al estudio dogmático del artículo 469 de la Ley General de salud, cabe determinar que dogma, es la declaración de una doctrina religiosa formulada de forma autoritaria y precisa, que se expone no para ser discutida sino para creer en ella. En un sentido estricto, el término es propio del cristianismo. Para ser calificada como dogma, la proposición tiene que cumplir dos condiciones: haber sido derivada de la revelación, como atestiguan las Sagradas Escrituras y la tradición, y ser promulgada por alguna autoridad eclesiástica dotada de gran autoridad.

Los dogmas se han formulado y establecido casi siempre en tiempos de controversia doctrinal, con el fin de clarificar la enseñanza. Incluso los dogmas más reverenciados, como todas las afirmaciones doctrinales, se ven afectados por el relativismo cultural y de esta forma deben volver a replantearse y ser de nuevo expresados.

Gramaticalmente dogma es proposición que se asienta por firme y cierta y como principio innegable de una ciencia. Doctrina de Dios revelada por Jesucristo a los hombres y testificada por la Iglesia. Fundamento o puntos capitales de todo sistema, ciencia, doctrina o religión.

Desde el punto de vista de la conducta, es de omisión al señalar en el mismo: Al profesional, técnico o auxiliar de la atención médica que sin causa justificada se niegue a prestar asistencia a una persona, en caso de notoria urgencia... es omisiva la conducta de los posibles sujetos activos.

Es antijurídica la conducta porque se dirige contra el bien jurídico tutelado, al preverse en el tipo: poniendo en peligro su vida... entendida la vida como la fuerza o actividad interna sustancial, mediante la que obra el ser que la posee. Estado de actividad de los seres orgánicos. Unión del alma y del cuerpo. Espacio de tiempo

que transcurre desde el nacimiento de un animal o un vegetal hasta su muerte.

La imputabilidad radica en la capacidad de entender los efectos en el campo del Derecho Penal, negarse sin causa justificada a prestar asistencia a una persona, en caso de notoria urgencia...

Negarse sin causa justificada a prestar asistencia a una persona, en caso de notoria urgencia siendo profesional, técnico o auxiliar de la atención médica, es una conducta dolosa.

La punibilidad consistente en la amenaza del Estado de imponer una pena a quien cometa un delito, la observamos en el caso que nos ocupa, en la siguiente redacción: se le impondrá de seis meses a cinco años de prisión y multa de cinco a ciento veinticinco días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate y suspensión para ejercer la profesión hasta por dos años. Si se produjere daño por la falta de intervención, podrá imponerse, además, suspensión definitiva de la autoridad judicial”.

La redacción anterior, nos sitúa frente a un delito formal, de peligro, material y de daño.

Es formal, en virtud de que se estructura a partir de la negativa a proporcionar atención médica, es de peligro, porque dicha negativa pone en riesgo la vida del individuo que solicita la atención médica.

Es material porque se requiere la destrucción o alteración de la estructura o del funcionamiento del objeto material (por ejemplo homicidio).

Es de daño, porque lesionan directa y efectivamente los bienes jurídicamente tutelados por la norma violada.

“ART. 470.- Siempre que en la comisión de cualquiera de los delitos previstos en este capítulo, participe un servidor público que preste sus servicios en establecimientos de salud de cualquier dependencia o entidad pública y actúe en ejercicio o con motivo de sus funciones, además de las penas a que se haga acreedor por dicha comisión y sin perjuicio de lo dispuesto en otras leyes, se le destituirá del cargo, empleo o comisión y se le inhabilitará para ocupar otro similar hasta por un tanto igual a la pena de prisión impuesta, a juicio de la autoridad judicial.

En caso de reincidencia la inhabilitación podrá ser definitiva”.

Se justifica plenamente considerar delito grave cuando se comete por un servidor público, porque se trata de personas que deben servir a la población y no servirse de ella.

“ART. 471.- Las penas previstas en este capítulo se aplicarán independientemente de las que correspondan por la comisión de cualquier otro delito”.

Es lógica esta previsión, porque las sanciones previstas por la Ley General de Salud, no se contraponen con las previstas por el Código Penal Federal o de cualquier entidad federativa.

“ART. 472.-A las personas morales involucradas en la comisión de cualquiera de los delitos previstos en este capítulo, se les aplicará, a juicio de la autoridad, lo dispuesto en materia de suspensión o disolución en el Código Penal”.

Consideramos adecuada la previsión de sancionar los actos de las personas morales, ejecutados obviamente por sus representantes legales, pues las sociedades mercantiles deben dedicarse a actividades legales.

Debe tenerse presente en la práctica, para delimitar la responsabilidad del médico, determinar el concepto de culpa grave desde el punto de vista jurídico, y esta se presenta cuando hay ignorancia de la técnica médica y profesional, porque la falta de conocimiento, la impericia y la negligencia dan lugar a este tipo de culpabilidad; el médico en su ejercicio profesional tiene el deber jurídico de aplicar una técnica profesional adecuada, por la cual debe responder ante el paciente y la sociedad, respondiendo, en su caso, de la reparación del daño, constituyéndose igualmente en un peligro para la sociedad, porque se encuentra en riesgo la salud de quienes a él ocurren para preservar su vida.

CAPÍTULO TERCERO.
EL ARTÍCULO 466 DE LA LEY GENERAL DE SALUD.

III.1 CONTENIDO.

A continuación analizaremos a detalle el contenido del numeral que es la base toral del presente trabajo de investigación.

“ART. 466.- Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años. La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge”.

El artículo contiene dos hipótesis:

a.- Realizar la inseminación artificial sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, sin producirse el embarazo como resultado de la inseminación.

b.- Realizar la inseminación artificial sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, teniendo el embarazo como resultado de la inseminación.

En el primer caso la prisión es de uno a tres años y si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

Además se prevé la inseminación artificial a la mujer casada que otorgó su consentimiento para ser inseminada, sin la conformidad de su cónyuge, sin precisarse la sanción que corresponde a dicho acto.

El tipo está compuesto no sólo de elementos objetivos, sino también subjetivos. Se alude a los elementos objetivos del tipo en este sentido más amplio cuando el precepto regulador del error de tipo se refiere a las “circunstancias que pertenecen al mundo real”. El elemento objetivo en el caso que nos ocupa sería inseminar artificialmente y sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz y en su caso producir el embarazo como producto de la inseminación artificial.

Los elementos objetivos son referencias a cosas, a personas, a modos de obrar, nociones todas ellas que pueden ser captadas por los sentidos.

Se refieren a:

- 1.- Las condiciones externas o jurídicas de naturaleza objetiva.
- 2.- Al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado.

Las circunstancias que pertenecen al mundo real, son la inseminación artificial a una mujer sin su consentimiento o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz. Una circunstancia que igualmente pertenece al mundo real podría ser en un momento determinado el embarazo.

Visto de esta manera, los elementos objetivos del tipo, no sólo se refieren a condiciones externa o jurídicas de naturaleza objetiva, sino que frecuentemente van unidos a valoraciones normativas y a elementos subjetivos. El tipo objetivo es el núcleo real de todo delito. El fundamento real de todo delito es la objetivación de la voluntad en un hecho externo. El hecho externo es, por ello, la base de la estructuración dogmática del delito.

En el tipo penal en examen observamos la valoración normativa de la sexualidad desde el punto de vista del sujeto pasivo. La objetivación de la voluntad encuentra su expresión típica en las circunstancias del hecho objetivas que pertenecen al tipo objetivo. Este llamado tipo objetivo no es de ningún modo algo externo puramente objetivo, que estuviera absolutamente libre de momentos subjetivos y anímicos.

Un principio básico del Derecho Penal exige que la materia de la prohibición contenida en sus normas (tipos) debe ser precisa, es decir, no debe ser ambigua, de tal manera que el gobernado y el propio juez conozcan con exactitud la conducta prohibida; de no ser así el orden jurídico propicia el abuso, y el ciudadano queda sujeto no a la ley, sino al capricho de quien la va a aplicar. Esa precisión queda plasmada en los elementos objetivos y subjetivos del tipo.

Los elementos subjetivos del tipo atienden a condiciones de la finalidad de la acción u omisión, o sea al dolo, y en ocasiones al ánimo o tendencia del sujeto activo. En lo descrito por el tipo en los términos: "Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial,..." la finalidad es inseminar artificialmente a una mujer sin su consentimiento o con él siendo menor o incapaz el sujeto pasivo de la misma, lo cual se efectúa de forma dolosa, en derecho penal el dolo denota la volición, apoyada en el conocimiento correspondiente, que preside la realización de la conducta descrita en los tipos de delito que requieren esa forma de referencia psicológica del sujeto a su hecho. Es el propósito o intención de cometer el delito. En el caso que nos ocupa, se trata evidentemente de un tipo doloso.

Es un tipo penal de acción por la naturaleza misma de la acción, porque la inseminación artificial requiere de un movimiento corporal.

Es importante hacer una distinción entre elementos descriptivos y normativos.

Son elementos descriptivos aquellos que pueden ser aprehendidos o comprendidos sólo con su percepción por los sentidos, como “motor”, “bosque”, “mujer”, etc. Tradicionalmente se entiende por elementos descriptivos aquellos que reproducen determinados datos o procesos corporales o anímicos y que son verificados de modo cognoscitivo (cognitivo) por el juez.

El elemento descriptivo es inseminar artificialmente a una mujer sin su consentimiento o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz.

Dichos elementos normativos son presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho. Forman parte de la descripción contenida en los tipos penales y se les denomina normativos por implicar una valoración de ellos por el quien aplica la ley

Son elementos normativos aquellos que sólo pueden ser aprendidos o comprendidos mediante un proceso intelectual o valorativo. El elemento normativo es la falta de consentimiento del sujeto pasivo o el consentimiento de una menor o incapaz para ser inseminada artificialmente.

En el tipo a estudiar el elemento normativo consiste en inseminar artificialmente y sin consentimiento a una mujer una menor o incapaz y en su caso, producir su embarazo.

El sujeto activo del delito es el autor del mismo. El concepto no genera mayores problemas en cuanto a la estructura del tipo y de los elementos que lo integran mientras la ley no conceda al autor una calidad especial, esto es, mientras no sea otro que "quienquiera",

"quien", "el que" realice u omita una determinada acción, caso en el cual ese "quienquiera" es simplemente "todo el mundo".

El sujeto pasivo es el destinatario de la protección del bien jurídico. Es el titular del bien jurídico. En el tipo penal en examen es la mujer, capaz o incapaz según cada caso en particular.

El bien jurídico es el objeto de protección de las normas de derecho, se puede hablar de fin jurídico o interés jurídicamente protegido, pues en el concepto positivista de derecho subjetivo cabe perfectamente. El bien jurídico, se encuentra implícito dentro del derecho natural, pues deriva de la voluntad emanada de Dios o de la racionalidad humana. En una teoría positiva el bien jurídico es arbitrariamente fijado por el legislador de acuerdo a su propio criterio.

Determinar el bien jurídico es labor del legislador, mas no del científico del derecho. El legislador observa la realidad social y dependiendo de su ideología determina cuáles son los objetos a proteger. Puede determinar que sean: la vida, la libertad, la seguridad, la honra, la propiedad, etc. La forma de proteger los bienes jurídicos determinados por el legislador es mediante el uso de la sanción que puede ser civil o penal. Así, el legislador establece que cuando una persona comete un acto ilícito que consiste en violar los bienes jurídicos de otra (la vida, la libertad, la seguridad, etc.) le será aplicada una sanción que consiste en irrogar coactivamente un mal, es decir, privarlo de un bien (de su vida, de su libertad, de su propiedad, etc.).

El legislador puede jerarquizar los bienes jurídicos, determinando cuáles tienen más valor sobre otros y, en consecuencia, cuáles prevalecen en caso de confrontación. Doctrinalmente esta jerarquización es utilizada en algunas figuras jurídicas, especialmente en el derecho penal. La Constitución mexicana

consigna bienes jurídicos que el legislador consideró que deberían ser protegidos. Así, el artículo 14 indica que nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino como la propia Constitución prescribe. El artículo 16 también consigna bienes jurídicos que hay que proteger. En realidad, se puede decir que cada tipo delictivo consignado en el Código Penal protege un bien jurídico.

Por definición, el objeto es aquello sobre el cual recae inmediatamente la acción u omisión señalada por el verbo. Esto nos identifica dos clases de objetos: el “material” descrito en el predicado mediante complementos directos, y el “jurídico” descrito, no en la figura típica, sino en el encabezado del respectivo título de derechos al que pertenece aquella. En el caso que nos ocupa es la mujer y desde el punto de vista jurídico es la libertad sexual.

La acción u omisión que deberá emprender el autor para convertirse en delincuente. En sí no se describe en la figura típica pero se indica causalmente con el verbo rector que la condensa y que directamente señala los resultados de daño y de peligro. La acción es inseminar artificialmente sin consentimiento de la víctima y embarazarla.

III.2 ESTUDIO INTEGRAL.

La inseminación artificial, es el proceso por el cual los gametos masculinos, o espermatozoides, son recogidos e introducidos de forma artificial en el tracto genital femenino para conseguir la fecundación. Existen otros métodos artificiales de fecundación. La inseminación artificial se desarrolló inicialmente en el ganado vacuno y caballo.

Los espermatozoides se recogen de un semental seleccionado, se congelan y posteriormente se descongelan para ser introducidos en

el tracto genital femenino. Hoy en día también se utiliza el esperma humano congelado para la inseminación —en general de un donante anónimo masculino— en el caso de parejas que deseen tener un hijo, cuando el varón es estéril.

La reproducción, es el proceso por el cual procrean los organismos o células de origen animal y vegetal. Es una de las funciones esenciales de los organismos vivos, tan necesaria para la preservación de las especies como lo es la alimentación para la conservación de cada individuo. La infertilidad, por lo general se define como la incapacidad para concebir, gestar, o dar a luz a un niño. La causa más frecuente de infertilidad es la incapacidad para concebir. Durante las relaciones sexuales, los espermatozoides se liberan en la zona más profunda de la vagina, cerca del cuello uterino (cérvix) y penetran en el útero atravesando el moco cervical y ascendiendo hacia las trompas de Falopio, donde tiene lugar la fecundación. Si ésta se produce, y coexisten otras condiciones favorables, el óvulo fecundado se implantará en la mucosa uterina, y se iniciará el embarazo. Sin embargo, una disfunción u obstrucción en cualquier punto de este proceso impide que el embarazo tenga lugar.

Las causas de la infertilidad son muchas: anomalías hormonales o estructurales, enfermedades, consumo de alcohol en exceso y fármacos anticonceptivos, entre otras. El problema puede encontrarse en cualquier punto del proceso de la reproducción. Al principio del proceso, quizá se trate de la ausencia de ovulación en la mujer o en la producción insuficiente de volumen de espermatozoides en el hombre. En las fases posteriores, los problemas estructurales del útero o del cérvix tal vez los hagan incapaces de albergar un embarazo. Con frecuencia, los trastornos que contribuyen a la esterilidad son temporales o reversibles, como en el caso de malnutrición, obesidad, fiebre elevada asociada con enfermedad, o fatiga crónica.

En la mujer la causa más frecuente de infertilidad es la ausencia de ovulación. La segunda causa es la obstrucción de las trompas de Falopio. El terreno de la infertilidad masculina se conoce menos, ya que hasta hace poco tiempo se suponía que los hombres eran fértiles si eran capaces de tener relaciones sexuales. Una de las consecuencias de esta actitud ha sido que las investigaciones sobre la fertilidad se han centrado en los problemas de la mujer. Sin embargo, la causa más frecuente de infertilidad masculina es un recuento bajo de espermatozoides. La ovulación se puede estimular mediante hormonas y a veces las obstrucciones de las trompas de Falopio son susceptibles de corrección quirúrgica. En los hombres, el recuento espermático bajo se suele tratar con terapia hormonal, si bien en algunos casos es útil la cirugía. Si ambos métodos fracasan, los médicos recomiendan algunas veces la inseminación artificial, un proceso en el que los espermatozoides del paciente se combinan con otros de su propia eyaculación o con espermatozoides donados, utilizándose después para inseminar a la mujer. A principios de la década de 1980, la gran cantidad de casos publicados respecto a nacimientos de niños concebidos en un laboratorio dio nuevas esperanzas a muchas mujeres con lesiones en las trompas de Falopio.

Este método de fecundación in vitro (FIV) se extiende con rapidez, a pesar de su elevado coste y de los posibles problemas legales que suscita en algunas áreas. También se han efectuado implantaciones a una mujer de óvulos de otra mujer, después de fecundarlos mediante FIV o técnicas habituales de inseminación artificial.

La copulación, o coito, es una conducta muy especializada en la que las células germinales del macho se liberan dentro del tracto genital de la hembra. Este depósito de líquido espermático en el cuerpo de la hembra se denomina inseminación. La copulación es utilizada por muchos gusanos parásitos, caracoles e insectos, y por todos los reptiles, las aves y los mamíferos. No existe una secuencia evolutiva

lógica de los hábitos reproductivos. Mientras que grupos muy diferentes de animales emplean los mismos métodos de fecundación, otros relacionados estrechamente difieren mucho en ellos. En general, la fecundación externa se produce con más frecuencia en los seres acuáticos y anfibios que en los terrestres, ya que la fecundación debe tener lugar en un medio húmedo, y el embrión resultante debe ser protegido de la sequedad.

III.3 POSTURA DEL SUSTENTANTE DE LA TESIS.

En virtud de lo explicado, plenamente estoy absolutamente de acuerdo que la conducta consistente en realizar la inseminación artificial a sin consentimiento a una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, le sea aplicada la sanción de prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación. Lo explicado, se relaciona con la Libertad, la cual debe entenderse como la capacidad de autodeterminación de la voluntad, que permite a los seres humanos actuar como deseen.

En este sentido, igualmente suele ser denominada libertad individual. El término se vincula al de la soberanía de un país en su vertiente de 'libertad nacional'. Aunque desde estas perspectivas tradicionales la libertad puede ser civil o política, el concepto moderno incluye un conjunto general de derechos individuales, como la igualdad de oportunidades o el derecho a la educación.

También se ubica en los derechos fundamentales y libertades públicas, materia reciente en el curso de la historia, enmarcada en el contexto del Derecho constitucional. A lo largo del siglo XIX, las declaraciones de derechos y deberes de los ciudadanos fueron redactadas en el texto mismo de las constituciones, adquiriendo condición de normas jurídicas fundamentales a las que se añadían otras leyes tendentes a la protección de los mismos.

Y es que en todo lo referente a los derechos fundamentales y las libertades públicas, antes que tratarse de un asunto de exigencias y de créditos, es un tema de protección, de afirmar las garantías del ciudadano consideradas como indispensables frente al poder del Estado.

Se consideran bienes esenciales la vida, la integridad física y la libertad. La libertad no ha de poder afirmarse sólo respecto al Estado, sino también en las relaciones que los particulares mantienen entre sí.

La libertad civil es la que se garantiza a un particular frente a otros. Se diversifica según la actividad humana de que se trate, por lo cual, más que libertad, hay libertades civiles: libertades materiales (de locomoción, de hacer o no hacer, de quedarse en casa), éticas (de modo de vida, de conciencia), profesionales (de comercio o industria, de trabajo). Junto a las libertades civiles están las libertades públicas —de pensamiento, de prensa, de religión, de reunión, de asociación— afirmadas frente a los poderes del Estado y garantizadas por las Constituciones.

La Constitución que actualmente nos rige, fue la primera en el mundo con una inspiración y contenido social al considerar premisas de justicia social, es producto del proyecto enviado por Venustiano Carranza, que fue modificado por los legisladores y finalmente firmado por él sin el menor reparo, lo cual hizo que este personaje fuera considerado un hombre de ley.

El artículo primero de esta Constitución a la letra dice:

"En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse, ni suspenderse, sino en los casos

y con las condiciones que ella misma establece".

En el presente apartado, llevaremos a efecto un estudio integral de la esencia que a la luz del Derecho, tiene la libertad. La libertad, forma parte de los Derechos humanos, aquellos que el hombre posee por el mero hecho de serlo. Son inherentes a la persona y se proclaman sagrados, inalienables, imprescriptibles, fuera del alcance de cualquier poder político. Unas veces se considera que los derechos humanos son plasmación de ideales iusnaturalistas (de derecho natural). Existe, sin embargo, una escuela de pensamiento jurídico que, además de no apreciar dicha implicación, sostiene la postura contraria.

Para algunos, los derechos humanos son una constante histórica, con clara raigambre en el mundo clásico; para otros, son fruto del cristianismo y de la defensa que éste hace de la persona y su dignidad. Para los más, los derechos humanos aparecen, como tales, en la edad moderna. Como hecho histórico, esto es incontestable. Para comenzar este estudio sobre los *Derechos Humanos* lo primero que hay que hacer es tener una concepción clara de lo que significan, ya que aunque se maneja este término con gran amplitud en la realidad social moderna, no tenemos en la doctrina unanimidad para establecer y aceptar una definición coherente, exacta y bien construida sobre el tema, esto se debe al hecho de que existen múltiples y en ocasiones conflictivas nomenclaturas para designar un solo objeto de estudio, y detrás de cada una de las acepciones desarrolladas a lo largo de la historia están situados el fundamento y la ideología de los diversos autores que estudian y definen éstos derechos.

El vocablo *Derechos Humanos*, lleva consigo una redundancia. Todos los derechos son humanos. Sin embargo, se le ha empleado desde hace algún tiempo y hasta el presente en un sentido específico, con

relación a determinados derechos, diferenciados de los demás y que son humanos por antonomasia. Acorde a diferentes épocas, han sido diversos los derechos aludidos y también sus denominaciones.

Los derechos humanos se establecieron en el Derecho internacional a partir de la II Guerra Mundial y, tras su conclusión, se elaboraron numerosos documentos destinados a enumerarlos, propiciar su protección, declarar su importancia y la necesidad de respetarlos.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, garantiza y protege en sus primeros 29 artículos los derechos fundamentales, contenidos en el título primero, capítulo 1 de la Constitución Federal.

Mediante los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, la ciudadanía hace valer sus derechos frente al poder del Estado, trazando los límites de actuación de éste frente a los particulares.

Consisten en el respeto a los derechos del hombre, que a su vez están constituidos por la facultad de los individuos para disfrutar de la igualdad, de la libertad, de la propiedad y de la seguridad.

El juicio de amparo o juicio de garantías supone un medio de control de la constitucionalidad confiado a órganos jurisdiccionales. Trata de proteger a los individuos cuando la autoridad ha violado las garantías individuales.

La figura del amparo en la vida jurídica es de gran importancia, ya que mediante la misma, como se indica en los artículos 103 y 107 de la Constitución, los particulares no quedan desamparados a merced de las autoridades, toda vez que el objeto de esta clase de juicio es resolver todas aquellas cuestiones que se susciten por leyes o actos que violen las garantías individuales; por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los

estados; y por las leyes o actos de autoridades locales que invaden la esfera de la jurisdicción federal.

La redacción de este artículo hace evidente que la fundamentación ius naturalista de la Constitución de 1857 ya fue rebasada por la ius positivista de la vigente Constitución, pues las garantías son consideradas como creaciones del poder supremo del Estado plasmadas en la legislación decretada por él.

Las garantías individuales contenidas en esta Constitución han sido clasificadas como:

Las garantías de igualdad son: Todo individuo goza de las garantías que otorga esta Constitución (artículo 12); la prohibición de la esclavitud (artículo 22); la igualdad de derechos, sin distinción de razas, sectas, grupos o sexos (artículo 42); la prohibición de los títulos de nobleza, prerrogativas y honores hereditarios (artículo 12); prohibición de fueros y prohibición de procesar por leyes privativas o tribunales especiales (artículo 13).

Las garantías de libertad se dividen en tres grupos:

Las libertades de la persona humana;

Las libertades de la persona cívica; y

Las libertades de la persona social.

Las libertades de la persona humana se subdividen en libertades físicas y libertades de espíritu.

Las libertades de la persona humana en el aspecto físico son: en el artículo 52, la libertad de trabajo; de no ser privado del producto de su trabajo, sino es por resolución judicial; nulidad de los pactos

contra la dignidad humana; así como la libertad de poseer armas en el domicilio y su portación. en los términos que fija la ley (artículo 10); libertad de tránsito dentro y fuera del país (artículo 11); abolición de la pena de muerte, salvo en los casos expresamente consignados en la Constitución (artículo 22).

Las libertades de la persona humana, en el aspecto espiritual son: libertad de pensamiento (artículo 62); libertad de imprenta (artículo 72); libertad de conciencia y de culto (artículo 24); libertad de intimidad. que a su vez comprende dos aspectos; inviolabilidad de la correspondencia e inviolabilidad de domicilio artículo 16.

Las libertades de la persona cívica son: libertad de reunión con fin político y de manifestación pública para presentar a la autoridad una protesta (artículo 92); prohibición de extradición de reos políticos (artículo 15).

Las libertades de la persona social son: libertad de asociación y de reunión (artículo 92).

La libertad sexual es el bien jurídico tutelado por el derecho penal, en el tipo contenido por el artículo 466 de la Ley General de Salud.

CAPÍTULO CUARTO.
ESTUDIO JURÍDICO DEL DELITO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL
SIN CONSENTIMIENTO DE LA MUJER.

IV.1 CONDUCTA.

La conducta, es el primero de los elementos que requiere el delito para existir. Algunos estudiosos le llaman acción, hecho, acto o actividad. En principio, expreso que la conducta tiene como elemento sine qua non a la voluntad humana. La conducta es el elemento que da vida a los demás que estructura del delito.

Irma Griselda Amuchategui Requena, afirma que:

“La conducta es un comportamiento humano voluntario, (a veces una conducta humana involuntaria puede tener, ante el derecho penal, responsabilidad imprudencial), activo, (acción o hacer positivo), o negativo (inactividad o no hacer), que produce el resultado.

Como antes se precisó, sólo el ser humano es capaz de ubicarse en la hipótesis de constituirse en sujeto activo; por tanto, se descartan todas las creencias respecto a sí los animales, los objetos o las personas morales pueden ser sujetos activos del delito. Ante el Derecho Penal, la conducta puede manifestarse de dos formas: Acción u Omisión”.¹

Por su parte, Raúl Plascencia Villanueva, determina que:

“En el campo del Derecho Penal, existen múltiples teorías respecto de los actos humanos penalmente relevantes, algunas de éstas son encontradas entre sí, muestra de ello es la problemática relativa a la definición del término adecuado para designar el comportamiento

¹ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. Derecho Penal. Editorial Oxford University Press. México 2003. Pág. 89.

desplegado por una persona que puede tener consecuencias jurídicas penales; muchos autores usan los términos conducta y acción indistintamente, mientras que otros lo llaman conducta, comportamiento humano, o bien, acción en un amplio sentido.

“Podríamos partir de la opinión de que el estudio de la conducta es propiamente el examen del punto en el cual el hombre entra en contacto con el ordenamiento, empero tendríamos que aportar mayores explicaciones a fin de esclarecer los diferentes estadios por los que ella atraviesa, así como los elementos que la conforman.

Algunos autores argumentan que lo más correcto es hablar de la "conducta", ya que ésta engloba tanto a la acción como a la omisión; sin embargo, esta connotación denota una problemática basada en la característica material del delito y al aspecto eminentemente subjetivo de la conducta, así como el hecho de que sólo resulta atribuible a un ser humano, siendo absurdo otorgarle al delito la característica de contar con una conducta, cuando más bien ésta le es atribuible al ser humano; en consecuencia, el delito debe ser analizado como hecho material y no como circunstancia formal, es decir, debe analizarse el tipo, por un lado, y el delito como hecho, por el otro”.²

Raúl Plascencia Villanueva continúa explicando que:

“Existen pronunciamientos en el sentido contrario esto es, que una conducta puede ser realizada por cualquier ser vivo y una acción es exclusiva del ser humano, por lo que resulta más adecuado denominarla "acción", pero con una acepción en amplio sentido, de la cual deriva una conclusión en el sentido de que la acción puede ser tanto positiva (acción propiamente dicha) como negativa (omisión), pero vinculada estrictamente al resultado típico producido o que

² PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Teoría del Delito. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1998. Pág. 48.

pudo haber causado, puesto que, por otra parte, no puede constituir un delito el pensamiento, las ideas o la misma resolución a delinquir; en tanto no se manifieste en la modificación del mundo exterior, es decir, mientras no exista un resultado típico producido, o bien, la probabilidad de que dicho resultado pudo producirse pero se evitó por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, no existirá la acción ni la omisión.

“Para los que se apegan a la primera propuesta, la acción no es uno de los elementos básicos del delito, sino que se encuentra incluida en la "conducta", esta opinión niega a la "acción" el papel de elemento esencial del delito, y le atribuye a la "conducta" dicho carácter.

“En el sentido anterior, la conducta puede adoptar dos formas diferentes: una positiva y otra negativa. Puede consistir en un hacer o en un no hacer. En el primer caso se tiene la acción (en sentido estricto, denominada acción positiva) y en el segundo caso encontramos a la omisión (o acción negativa).³

Jiménez de Asúa, afirma que:

“El concepto de acto abarca tanto la acción como la omisión; argumentando que ambas "responden a la naturaleza de la norma. Si ésta es prohibitiva (no matarás) su quebrantamiento crea un delito de acción".⁴

La acción consiste en actuar o hacer; es un hecho positivo, el cual implica que el sujeto lleva a cabo uno o varios movimientos

³ IBÍDEM. Pág. 49.

⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La Teoría Jurídica del Delito. Editorial Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe Argentina 1958. Págs. 26-28.

corporales, y comete la infracción a la ley por sí mismo o por medio de instrumentos, animales, mecanismos e incluso mediante personas.

La Maestra Amuchategui, afirma que:

“La conducta se puede realizar mediante un comportamiento o varios, por ejemplo, para matar a alguien, el agente desarrolla una conducta a fin de comprar la sustancia letal, con otra prepara la bebida, con otra más invita a la víctima a su casa, y con la última le da a beber el brebaje mortal”.⁵

La omisión consiste en realizar la conducta típica con abstención de actuar, esto es, no hacer o dejar de hacer. Constituye el modo o forma negativa del comportamiento. La omisión puede ser simple o comisión por omisión.

Para el Maestro Castellanos Tena:

“La omisión puede ser simple. También conocida como omisión propia, consiste en no hacer lo que se debe hacer, voluntariamente, con lo cual se produce un delito, aunque no haya un resultado, de modo que se infringe una norma preceptiva, por ejemplo, portación de arma prohibida.

“La comisión por omisión, también conocida como comisión impropia, es un no hacer voluntario, cuya abstención produce un resultado material, y se infringe una norma preceptiva y otra prohibitiva, por ejemplo, abandono de la obligación de alimentar a los hijos, con lo que se causa la muerte de éstos.

“Los elementos de la omisión son la voluntad, la inactividad, el resultado y el nexo causal.

⁵ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. Op. Cit. Pág. 49.

“En la comisión por omisión que se produce un resultado a causa de la inactividad, se debe dar y comprobar el nexo causal, por ejemplo, la madre que con el fin de procurar su aborto, deja de tomar alimento, suero o medicamento indicado por el médico, para proteger la vida del producto, comete el delito de aborto.

En este caso deberá comprobarse el nexo causal a partir del dictamen médico y las pruebas de laboratorio que establezcan que la causa de la muerte del producto fue el no alimentar o la no administración del suero o medicamento”.⁶

El Doctor Eduardo López Betancourt señala que:

“La conducta es el primer elemento básico del delito y se define como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.

“Lo que significa que sólo los seres humanos pueden cometer conductas positivas o negativas, ya sea una actividad o inactividad respectivamente. Es voluntario dicho comportamiento porque es decisión libre del sujeto y es encaminado a un propósito, porque tiene una finalidad al realizarse la acción u omisión.

“La conducta tiene varios sinónimos que son utilizados por diversos autores: se encuentran el de hecho, acción, acto, etcétera, pero estas expresiones no contemplan la posibilidad de una inactividad, por ello resulta más conveniente la denominación de conducta.

La conducta puede ser cometida por acción o por omisión, esta última a su vez se subdivide en omisión simple y comisión por omisión”.⁷

⁶ IBIDEM. Pág. 156.

⁷ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del Delito. 11ª. Edición. Editorial Porrúa. México 2003. Pág. 83.

En opinión de la Doctora Olga Islas de González Mariscal:

“La conducta es el proceder finalístico descrito en el tipo. El concepto jurídico penal de conducta es igual al concepto ontológico de conducta, si éste se constituye por una voluntad y un hacer algo, o una voluntad y un dejar de hacer algo, aquél se configura con los mismos elementos, en atención a lo anterior, la voluntad y la actividad causal definen a la acción, la voluntad y el desvalor de hacer algo en el tipo, a la omisión.⁸

El Doctor Gustavo Malo Camacho une a la conducta y a la tipicidad, al hablar de la conducta típica diciendo que:

“Conducta entendida como manifestación de voluntad finalísticamente determinada. La teoría se ha desarrollado principalmente en dos vertientes: una, que realiza la conducta antes de la tipicidad, como el elemento lógico natural primario, y la segunda, que la estudia dentro de aquella, como conducta encuadrable en el tipo penal. A su vez, la tipicidad supone la presencia de elementos que son objetivos, uno de los cuales es la conducta, subjetivos y normativos.

Base del modelo es la afirmación de que la voluntad en cuanto a contenido esencial de la conducta, no puede ser separada de su finalidad. Es decir, toda conducta es voluntaria y la voluntad está determinada por el fin.

Sobre esta base general se desarrolla el esquema finalista, base de una parte importante de la doctrina penal europea y también latinoamericana. Es también el punto de partida de otros modelos sistemáticos que a su vez, han impugnado ciertos aspectos más satisfactorios o insuficientes del finalismo, frente al objetivo

⁸ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal. 4ª. Edición. Editorial Trillas. México 1998. Pág. 45.

planteado por otras orientaciones de diversos autores alemanes, que hablan del funcionalismo y de la orientación de la acción social.⁹

En cuanto a este elemento del delito, Carlos Juan Manuel Daza Gómez afirma que:

“Este elemento se entiende en un sentido naturalístico como una causa que altera el mundo exterior por una conducta corporal voluntaria. La acción se compone de un movimiento corporal (conducta), el cual produce una modificación del mundo externo (resultado).

“Ambos deben estar unidos por una relación de causalidad, de modo que la conducta es causa del efecto. No se incluyen en la acción los predicados de valor, es decir, no contiene elementos subjetivos, ni elementos de valoración. La acción es un movimiento corporal.

“El concepto causal de acción está en el mundo exterior que nuestros sentidos pueden percibir y la voluntad del individuo no está contenida en la acción como parte integrante de ella, sino que la acción, para ser tal, requiere meramente de voluntariedad, que es diferente de la voluntad”.

“La voluntad es voluntad de algo concreto: cuando queremos, queremos algo. En tanto que voluntariedad es querer cualquier cosa, un querer simple, llano, no concreto”.

V.gr.: A decide matar a B; toma un puñal, realiza un movimiento corporal al introducir el arma en el corazón de B. La acción es el movimiento corporal”.¹⁰

⁹ MALO CAMACHO, Gustavo. Op. Cit. Págs. 253 y 254.

¹⁰ DAZA GÓMEZ, Carlos Juan Manuel. Teoría General del Delito. 2ª. Reimpresión. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 2001. Págs. 40 y 41.

Javier Jiménez Martínez, expresa que:

“Desde el punto de vista tanto de la legislación penal Federal como del

Distrito Federal no es posible un concepto general o superior que comprenda tanto a la "acción" como la "omisión".

Sin embargo, contrario a lo que se establece por la legislación penal vigente, el Poder judicial de la Federación ha resuelto sin más que es posible un concepto general de "conducta", así se establece en las siguientes tesis.

NEXO DE CAUSALIDAD. Un hecho delictuoso, en su plano material, se integra tanto con la conducta como por el resultado y el nexo de causalidad entre ambos. La conducta puede expresarse en forma de acción (actividad voluntaria o involuntaria) y de omisión, comprendiendo esta última la omisión simple y la comisión por omisión. La teoría generalmente aceptada, sobre el nexo de causalidad no es otra que la denominada de la conditio sine qua non de la equivalencia de las condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce, por lo cual basta suponer hipotéticamente suprimida la actividad del sentenciado para comprobar la existencia del nexo de causalidad.

HOMICIDIO. CUANDO ES CAUSA DE LAS LESIONES INFERIDAS. Si el delito es una conducta humana que comprende en una parte la acción ejecutada y la acción esperada o no, y de otra el resultado sobrevenido, para que éste pueda ser inculcado precisa una relación de causalidad entre ese acto y el resultado producido, que existe cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad, sin que deje de producirse el resultado concreto; por lo que si las lesiones inferidas por el sujeto activo ocasionan el deceso del pasivo, como consecuencia le será imputable dicho resultado, al aplicarse el principio jurídico que rige la causalidad, que se enuncia diciendo que lo que es causa de la causa, es causa del daño causado.

El caso es que mientras para la norma penal resulta imposible la existencia de un concepto general entre acción y omisión, el Poder Judicial de la Federación ha resuelto la existencia de ese elemento superior de "conducta" que engloba tanto a la acción como a la omisión".¹¹

En el sistema penal mexicano, a nivel Federal, el artículo séptimo del Código Penal Federal señala:

"Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales."

Por su parte el artículo tercero del Código Penal para el Distrito Federal precisa:

¹¹ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. Op. Cit. Págs. 120.

“El delito sólo puede ser realizado por acción o por omisión.”¹²

Para Gustavo Malo Camacho:

“La conducta, por definición, es el elemento objetivo del delito, unida al resultado en los delitos de resultado material, en cuyo caso será necesario, también, que haya quedado previamente acreditada la causalidad entre ellos, para que los mismos puedan ser atribuibles, al tipo penal correspondiente.

“Tal relación, en el contenido formal normativo, aparece prevista sólo como una estricta relación lógica de conexidad entre ambos. El nexo de causalidad, así, no es elemento propio del tipo penal, pero sí lo es, en cambio, de la realidad que se constituye en el contenido social del derecho, por lo que supone un elemento previo de acreditación, vía las ciencias causal explicativas aplicables que permitan afirmar que el resultado típico fue causado por la conducta típica. Conducta es la manifestación de voluntad finalísticamente determinada.

La voluntad exteriorizada, finalmente determinada, significa que la persona, en sus manifestaciones de voluntad actúa necesariamente en función de la consecución de los objetivos propugnados por el autor quien para tal efecto, con base en su experiencia, aprovecha su conocimiento acerca de los procesos causales. Para el caso del delito de acción dolosa se impone la presencia de una conducta de acción”.¹³

La conducta en el tipo penal objeto de esta tesis, es de acción.

¹² ÍBIDEM. Págs. 121 y 122.

¹³ MALO CAMACHO, Gustavo. Op. Cit. Pág. 341.

En cuanto a la ausencia de conducta, Francisco Pavón Vasconcelos, asegura se presenta cuando falta cualquiera de sus subelementos, a saber:

Ausencia de conducta;

Inexistencia del resultado, y

Falta de relación causal entre la acción u omisión integrantes de la conducta, y el resultado material considerado.¹⁴

En opinión de Jorge Alberto Mancilla Ovando:

“La ausencia de conducta, significa que en el mundo exterior, no se han materializado los actos que prevé la norma jurídica como constitutivos del delito.

“Hay ausencia de conducta cuando los sujetos de la Ley Penal no han realizado la acción u omisión que la Ley Penal establece como delito. No es ausencia de conducta, la excluyente de incriminación denominada vis absoluta o fuerza física exterior e irresistible que consagra el artículo 15-I, Código Penal Federal. La excluyente de responsabilidad, establece un derecho del gobernado que realiza la conducta delictiva con ausencia total de su voluntad.

En esos casos, la conducta material constituye delito y el resultado es criminoso, pero el autor de la conducta no es castigado: porque la eximente le excluye de la imposición de la responsabilidad penal que corresponde al delito. Como derecho, la excluyente de incriminación integra la esfera jurídica de los gobernados y declarada su existencia, la conducta adquiere validez constitucional

¹⁴ PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. 14ª edición. Editorial Porrúa. México 1999. Págs. 56 y 57.

y licitud en sus efectos, produciendo la prerrogativa de no ser castigado por el delito que cometió”.¹⁵

Fernando Castellanos Tena, al hablar de la ausencia de conducta dice que:

“Si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará; en consecuencia, si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias. Muchos llaman a la conducta soporte naturalístico del ilícito penal”.¹⁶

Las principales causas que motivan la ausencia de conducta, son la vis maior y vis absoluta.

En mi opinión la vis maior es la fuerza mayor que, a diferencia de la vis absoluta, proviene de la naturaleza, cuando un sujeto comete un delito a causa de una fuerza mayor existe el aspecto negativo de la conducta, o sea hay ausencia de conducta, pues no existe voluntad por parte del supuesto “agente”, ni conducta, propiamente dicha; de ahí que la ley penal no le considere responsable.

Según la Maestra Amuchategui:

“La vis absoluta consiste en que una fuerza humana exterior e irresistible se ejerce contra la voluntad de alguien, quien en apariencia comete la conducta delictiva.

“Matar por vis absoluta coloca al supuesto sujeto activo en posición de un mero instrumento del cual se vale el auténtico sujeto activo.

¹⁵ MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Teoría Legalista del Delito. 2ª. Edición. Editorial Porrúa. México 1994. Pág. 51.

¹⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 163.

Ni desde el punto de vista de la lógica, ni desde el jurídico, puede ser responsable quién es “usado” como medio para cometer un delito, por ejemplo, presionar la mano de alguien sobre el gatillo para que dispare el arma y mate a otra persona”.¹⁷

Respecto a la ausencia de conducta, en el Código Penal para el Distrito Federal, se señala:

“Artículo 29. (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

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

Interpretado a contrario sensu, existirá conducta cuando la actividad o inactividad delictiva se lleve a cabo con voluntad del agente.

No existe ninguna causa que se pueda invocar como ausencia de conducta en el tipo penal objeto de este trabajo de investigación, es decir que no se puede llevar a cabo la inseminación artificial mediante una fuerza física (humana) exterior e irresistible (vis absoluta) o por medio de un acontecimiento de la naturaleza (vis mayor)

IV.2 TIPICIDAD.

En principio, cabe decir que la tipicidad significa la adecuación o encuadramiento de la conducta al tipo penal, es decir que el tipo penal es eminentemente abstracto, en tanto la tipicidad que le da vida al tipo, es práctica por excelencia.

¹⁷ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Op. Cit. Pág. 53.

Lo anterior me proporciona la idea que la tipicidad le da vida al tipo penal a lo que en abstracto señala el tipo.

Con lo explicado, puedo afirmar que el tipo es meramente teórico, abstracto y descriptivo, en tanto que la tipicidad es práctica y concreta, por materializar en el mundo fáctico, lo previsto por el legislador.

A efecto de entender cabalmente lo que es la tipicidad, expreso que es imprescindible definir el concepto tipo, entendido como aquello que crea el legislador y lo plasma en la ley, en el presente caso, tipo es lo que el Código Penal dispone en abstracto.

Según Rodolfo Monarque Ureña:

“Para que exista delito, no solo debe existir una conducta, sino que, además, esa conducta debe ser típica antijurídica y culpable. En el análisis dogmático del delito, una vez acreditado el elemento conducta, se pasa a estudiar el elemento tipicidad.”¹⁸

Fernando Castellanos explica que:

“No debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa; es la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.”¹⁹

Con relación al concepto de tipo, Jiménez de Asúa dice que:

“Tipo es la abstracción concreta que ha trazado el legislador

¹⁸ Cfr. MONARQUE UREÑA, Rodolfo. Lineamientos Elementales de la Teoría General del Delito. 2ª. Edición. Editorial Porrúa. México 2002. Pág. 36.

¹⁹ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 167.

descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito; y por lo que respecta a la tipicidad, opina que es función predominantemente descriptiva que singulariza su valor en el concierto de las características del delito. Se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal, y tiene además, funcionamiento indiciario de su existencia”.²⁰

Cuello Calón sostiene que:

“Para determinar si un hecho es penalmente antijurídico habrá que acudir como criterio decisivo a la ley penal. Si el hecho cometido encaja dentro de alguno de los tipos de delito (figuras de delito) descritos en el texto legal existen grandes probabilidades de que sea penalmente antijurídico, pues en su realización pueden concurrir causas que excluyan la antijuridicidad (causas de justificación) que no pueden ser previstas por el legislador al dibujar los diferentes tipos legales de delito.

“Tan íntima relación tiene el elemento de la antijuridicidad, como carácter fundamental del delito, con la máxima *nullum crimen sine ley* que correlativa a ésta podría formularse otra así concebida: no hay antijuridicidad penal sin ley penal.”²¹

Respecto a la tipicidad Sergio García Ramírez explica que:

“...es la adecuación del comportamiento (conducta o hecho) a un tipo penal, esto es, a determinada descripción en la Ley penal. La integración del comportamiento es un supuesto de la norma penal deriva del principio de legalidad, que reconocen los párrafos

²⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. Cit. Pág. 31.

²¹ CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. Cit. Pág. 313.

segundo y tercero del artículo 14 de la Constitución, e implícitamente el mismo artículo 7 del Código Penal.

“... La dogmática penal establece que el tipo - en sentido amplio- contiene presupuestos y elementos objetivos, referencias temporales, espaciales e instrumentales, datos subjetivos y normativos, y precisiones sobre los sujetos activos y pasivo y acerca del objeto. Todos repercuten sobre el proceso –lógico y judicial- de tipificación, e influyen en la comprobación de los elementos del tipo, según disponen los artículos 16 y 19 constitucionales, a partir de la reforma de 1993, y en la clasificación de los hechos que a su vez reviste importancia para el enjuiciamiento”.²²

Por su parte Irma Griselda Amuchategui Requena, expresa:

“La Ley Penal y diversas leyes especiales contemplan abstractamente los tipos, los cuales toman “vida real” cuando en casos concretos un sujeto determinado incurre en ellos.

“De no existir el tipo, aun cuando en la realidad alguien cometa una conducta que afecte a otra persona, no se podrá decir que aquel cometió un delito, porque no lo es, y, sobre todo no se le podrá castigar. Más bien, se estará en presencia de conductas asociales o antisociales, pero no de delitos.

La Criminología estudia comportamientos que por no estar contemplados en la ley penal, carecen de penalidad, como la prostitución, el alcoholismo, la drogadicción u otros”.²³

Jiménez de Asúa manifiesta que tipicidad:

²² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Panorama del Derecho Mexicano. Derecho Penal. Mc. Graw Hill. México 1998. Págs. 59 y 60.

²³ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. Op. Cit. Págs. 29-33.

“Es 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 y por lo que respecta a la tipicidad, opina que es función predominantemente descriptiva que singulariza su valor en el concierto de las características del delito.

Se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal, y tiene además, funcionamiento indiciario de su existencia”.²⁴

La atipicidad significa el no encuadramiento total de la conducta al tipo.

Es decir que a efecto de considerar una conducta como típica, ésta debe estar acorde con lo que señala en abstracto la norma penal determinada.

Al respecto, Sergio García Ramírez expresa:

“Para la exclusión de la tipicidad hay que distinguir entre la falta del tipo (ausencia de fórmula legal incriminadora) y la falta de adecuación típica de la conducta a la hipótesis penal (atipicidad).

En ambos casos, la conducta del agente resulta penalmente irrelevante. No hay delito; no hay sanción”.²⁵

La tipicidad en el caso que nos ocupa, la observamos cuando la conducta se adecua al tipo penal contenido por el artículo 466 de la Ley General de Salud.

En opinión de Castellanos Tena:

²⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. Cit. Pág. 163.

²⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. Cit. Pág. 59.

“La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica jamás podrá ser delictuosa”.²⁶

En cuanto a la atipicidad, en el Código Penal vigente en el Distrito Federal, en su artículo 29 se dispone:

“(Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

... II. (Atipicidad). Falte alguno de los elementos que integran la disposición legal del delito de que se trate...”

IV.3 ANTIJURIDICIDAD.

La conducta será antijurídica por ir en contra de los bienes que protege o tutela el Derecho Penal, bienes que pueden ser la vida, la propiedad y la libertad entre otros.

La antijuridicidad es lo contrario al Derecho. En el ámbito penal precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica.

El bien jurídico tutelado por la norma penal, es motivo de protección integral por parte del Derecho penal, al ejercer el Estado el ius puniendi.

Castellanos Tena dice respecto a la antijuridicidad:

“El delito es conducta humana; pero no toda conducta típica es delictuosa, precisa además que sea típica, antijurídica y culpable. La antijuridicidad es el elemento esencialísimo del delito”.²⁷

²⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. Pág. 175.

²⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal Op. Cit. Pág. 179.

Es indiscutible que no solamente la antijuridicidad es esencial para que se integre el delito, en virtud de que para la integración del hecho delictivo, deben concurrir los elementos fundamentales: la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad y la culpabilidad.

Según mi particular óptica, la denominación elementos del delito, rebasa a la anterior denominación de elementos positivos del delito, pues resulta absurdo referirse a un elemento positivo; con el prefijo anti, razón por la cual sostengo que la antijuridicidad es un elemento estructural muy importante del delito y además propongo que a efecto de evitar confusiones y malos manejos del lenguaje técnico jurídico, que este sea denominado antijuridicidad y no antijuricidad, pues lo contrario a Derecho es antijurídico y no antijurico.

Una vez explicado lo anterior, cabe decir en consecuencia, que la conducta será antijurídica por ir en contra de los bienes que protege o tutela el Derecho Penal, bienes que pueden ser la vida, la propiedad y la libertad entre otros.

La Maestra Irma Griselda Amuchategui nos dice que:

“La antijuridicidad es lo contrario al Derecho. En el ámbito penal precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica.

Carnelutti señala que es antijurídico es el adjetivo, en tanto que antijuridicidad es el sustantivo, y agrega que jurídico es lo que está conforme a derecho”.²⁸

Si la ley penal tutela la vida humana mediante un tipo que contiene el delito de homicidio, quien comete éste realiza una conducta típica y antijurídica.

²⁸ Citado por AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Derecho Penal Op. Cit. Pág. 67.

En el tipo pena objeto del presente trabajo de investigación, la conducta es antijurídica porque va contra la libertad de procreación.

Cuando en un hecho de apariencia delictuosa falta el elemento antijuridicidad, no hay delito. Así lo expresa Cuello Calón y agrega que:

“En las causas de exclusión de la antijuridicidad el agente obra en condiciones normales de imputabilidad, obra con voluntad consciente, pero su acto no es delictivo por ser justo, ajustado al derecho; la situación especial en que se cometió el hecho constituye una causa de justificación de su conducta.

Como consecuencia de la licitud de ésta no será posible exigirle responsabilidad alguna, ni penal, ni siquiera civil, pues el que obra conforma a derecho no puede decirse que ofenda o lesione intereses jurídicos ajenos”.²⁹

Roberto Reynoso Dávila, ofrece una muy interesante y amplia explicación de lo que él entiende como causas de justificación, en estos términos:

“No obstante denominarse "causas de justificación" las que excluyen la antijuridicidad, el hecho cubierto por ellas no está justificado, sino que es lícito. Indebidamente se llaman causas de justificación, ya que si su presencia tiene la virtud de borrar la delictuosidad, ninguna justificación reclama la comisión de un hecho lícito.

“Cuando una conducta típica no es antijurídica, es lícita por tanto no hay delito; corresponde a las llamadas causas de justificación. Jiménez Huerta dice que la conducta que no es antijurídica no necesita justificarse y propone la denominación de circunstancias impeditivas del nacimiento de la antijuridicidad.

²⁹ CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal. Op. Cit. Pág. 121.

“Se les ha denominado: causas que excluyen la responsabilidad, requisitos negativos del delito, circunstancias negativas del delito, circunstancias negativas de la antijuricidad, conductas típicas conformes a Derecho, causas de licitud.

“Las causas de justificación excluyen la antijuricidad del hecho. Es preciso aclarar que no suprimen una antijuricidad existente, sino que cancelan ab initio el delito, impidiendo que el hecho sea antijurídico. Las causas de justificación son transitivas; los actos justificados son lícitos, y por consiguiente, quienes cooperan en un acto justificado, quedan cubiertos por su licitud”.³⁰

Para Luis Jiménez de Asúa las causas de justificación pueden definirse como:

“Aquellas causas que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal, eso es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al derecho, que es el elemento más importante del crimen.”³¹

En opinión de Fernando Castellanos Tena:

“Son causas de justificación aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito, porque en presencia de alguna de ellas faltará uno de los elementos esenciales del ilícito penal, a saber: la antijuridicidad. En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a derecho. A

³⁰ REYNOSO DÁVILA, Roberto. Teoría General del Delito. 3ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1998. Pág. 97.

³¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. Cit. Pág. 170.

las causas de justificación también se les llama justificantes, causas eliminatorias de la antijuridicidad y causas de licitud.³²

Estas son el aspecto negativo de la antijuridicidad, consisten en aquellas que eliminan lo antijurídico a la conducta, es decir, que en las causas de justificación no hay delito.

La antijuridicidad es lo contrario al Derecho, mientras que lo contrario a la antijuridicidad es lo conforme a derecho, o sea, las causas de justificación. Estas anulan lo antijurídico o contrario a derecho, de suerte que cuando hay alguna causa de justificación desaparece lo antijurídico; en consecuencia, desaparece el delito, por considerar que la conducta es ilícita o justificada por el propio derecho.

En principio, la ley penal castiga a todo aquello que la contraría (antijuridicidad), pero, excepcionalmente, la propia ley establece casos en que justifica la conducta típica (causas de justificación), con lo cual desaparece la antijuridicidad, por existir una causa de justificación.

En el artículo 29 del Código Penal vigente en el Distrito Federal se señalan de la fracción III a la VI las causas de justificación, en los términos siguientes:

Artículo 29. (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

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

³² CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 183.

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

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

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

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación.

Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo

en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

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

VI. (Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho). La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo;...”³³

Es evidente que la única causa de justificación que pudiere argumentarse en el tipo penal a estudio es el consentimiento, pues como ya lo señalé oportunamente, por medio del consentimiento, se ejerce la libertad de procreación.

Por lo explicado, el consentimiento le quitaría lo antijurídico a la conducta, por lo tanto, no habría delito.

IV.4 IMPUTABILIDAD.

La imputabilidad, es considerada como la capacidad de entender las consecuencias jurídicas de la conducta dentro del campo del Derecho Penal.

³³ Código Penal para el Distrito Federal. Editorial Sista. México Distrito Federal 2005. Págs. 113 y 114.

Para el Doctor Eduardo López Betancourt los individuos cuentan con dos características que son:

- a) La morfológica.
- b) La intelectual.

Sin estas dos características no se les puede considerar como una persona o sujeto capaz de cometer el delito. Para que exista el delito, es necesario contar con los siguientes elementos:

- 1 Conducta.
2. Tipicidad.
3. Antijuridicidad.
4. Culpabilidad.

Para que estos elementos se presenten es necesario un presupuesto, como requisito indispensable en todo delito, el cual es la Imputabilidad.

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

El individuo requiere de dos condiciones para que se presente la imputabilidad; éstas son: edad biológica y edad mental. Es básico que se consideren estas dos condiciones para que haya imputabilidad.

El hombre debe ser capaz de querer el resultado delictivo, y de entender, en el campo del Derecho Penal, para que sea sujeto imputable.

Algunos penalistas son de la opinión que el delito es parte de la imputabilidad, para la cual analizaré la noción de que la imputabilidad es el presupuesto de todo el delito, esto es, el presupuesto es un acontecimiento previo al delito y ocupa un lugar en el tiempo y el espacio.

Para que haya un delito, debe existir la imputabilidad o sea el ser capaz de querer y entender.³⁴

Por cuanto hace a las acciones libres en su causa, consisten en que el sujeto, antes de cometer el delito, realiza actos de manera voluntaria o culposa que lo colocan en un estado en el cual no es imputable y comete un acto criminal; por tanto, la ley lo considera responsable del delito, por ejemplo, quien bebe inmoderadamente y después lesiona o mata, en el momento del ilícito no es imputable, pero antes sí. Se llaman así porque son acciones libres en cuanto a su causa, pero determinadas en lo referente a su efecto.

La inimputabilidad significa la falta de capacidad para entender los efectos de nuestra conducta, en el campo del derecho Penal.

Conforme a lo que señala Castellanos Tena:

“Como la imputabilidad es soporte básico y esencialísimo de la culpabilidad, sin aquella no existe ésta y sin culpabilidad no puede configurarse el delito; luego la imputabilidad es indispensable para la formación de la figura delictiva. Ya hemos dicho que la imputabilidad es calidad del sujeto referido al desarrollo y salud mentales; la inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la

³⁴ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit. Págs. 179 a 181.

imputabilidad. Las Causas de inimputabilidad, son pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o salud mentales, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad”.³⁵

El fundamento jurídico de la inimputabilidad es el siguiente:

Artículo 29. (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

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

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

Por su parte, el artículo 65 del Código Penal para el Distrito Federal señala:

“(Tratamiento para imputables disminuidos). Si la capacidad del autor sólo se encuentra considerablemente disminuida, por desarrollo intelectual retardado o por trastorno mental, a juicio del juzgador se le impondrá de una

³⁵ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 223.

cuarta parte de la mínima hasta la mitad de la máxima de las penas aplicables para el delito cometido o las medidas de seguridad correspondientes, o bien ambas, tomando en cuenta el grado de inimputabilidad, conforme a un certificado médico apoyado en los dictámenes emitidos por cuando menos dos peritos en la materia”.

En el ámbito federal, el fundamento jurídico de la inimputabilidad, se encuentra en la fracción VII del artículo 15 del Código Penal Federal que a la letra dice:

“El delito se excluye cuando:

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

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

En el ordenamiento citado se dispone:

“ART. 69 bis.- Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas

en la fracción VII del artículo 15 de este código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor”.

Asimismo, el artículo 67 del Código Penal Federal prevé lo siguiente:

“ART. 67.-En el caso de los inimputables, el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo el procedimiento correspondiente.

“Si se trata de internamiento, el sujeto inimputable será internado en la institución correspondiente para su tratamiento.

En caso de que el sentenciado tenga el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, el juez ordenará también el tratamiento que proceda, por parte de la autoridad sanitaria competente o de otro servicio médico bajo la supervisión de aquélla, independientemente de la ejecución de la pena impuesta por el delito cometido”.

De la lectura de los diversos numerales transcritos, se puede concluir que esencialmente son idénticos como causas excluyentes del delito y al explicar las acciones libres en su causa; sin embargo varían la penalidad y en ambos Códigos Penales, se le otorga importancia a lo que dispongan los peritos de la materia, a efecto de determinar el grado de imputabilidad del sujeto activo del delito.

Una causa de inimputabilidad, sería que quien sin efectúe la inseminación artificial consentimiento de una persona, fuera menor de edad o padeciera la falta de desarrollo mental.

IV. 5 CUPABILIDAD.

La culpabilidad a decir de Amuchategui Requena:

“Es la relación que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada”.³⁶

Notemos que en esta noción, la Maestra de referencia, menciona caracteres que contienen la conducta (voluntad) y conocimiento (imputabilidad) lo cual nos sitúa en la posibilidad de entender que en los elementos del delito, existe íntima relación.

Castellanos Tena explica, que:

“Una conducta será delictuosa, no solo cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable”.³⁷

Se presentan dos formas de culpabilidad, a saber: dolo y culpa.

La culpabilidad es la unión entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta por realizarse.

Conforme al Código Penal vigente, los grados o tipos de culpabilidad son: dolo y culpa.

En el artículo 18 de dicho ordenamiento jurídico, a la letra se señala:

³⁶ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Op. Cit. Pág. 82.

³⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 233.

“Artículo 18. (Dolo y Culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

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

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

El dolo consiste en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho. La doctrina le llama delito intencional o doloso.

La culpa es la segunda especie de este elemento, hay culpa cuando se causa un resultado típico sin intención de producirlo, pero se ocasionan sólo por imprudencia o falta de cuidado o de precaución, debiendo ser previsible o evitable.

En el tipo penal objeto de nuestra tesis, la especie de culpabilidad que se observa es el dolo.

En opinión de la citada Maestra Amuchategui:

“La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad; significa la falta de reprochabilidad ante el Derecho Penal, por faltar la voluntad o el conocimiento del hecho. Esto tiene relación estrecha con la imputabilidad; así, no puede ser culpable de un delito quien no es imputable.³⁸

³⁸ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. Op. Cit. Pág. 86.

Castellanos Tena dice que:

“La inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad”.³⁹

No se observa causa de inculpabilidad alguna en el tipo penal objeto del presente trabajo de investigación.

IV.6 PUNIBILIDAD.

Rodolfo Monarque Ureña nos explica que:

“La punibilidad, es la amenaza que el Estado realiza a través de una norma para el autor de una conducta típica, antijurídica y culpable. Sobre este aspecto, la doctrina se encuentra dividida, a causa de que un sector opina que la punibilidad es un elemento esencial del delito (Jiménez de Asúa, Pavón Vasconcelos, Cortés Ibarra, etcétera); y, otro grupo de autores como Carrancá y Trujillo, Carrancá y Rivas, Ignacio Villalobos y Castellanos Tena, afirman que la punibilidad es una mera consecuencia del delito y que, por consiguiente, puede prescindirse de ella, según sea el sistema de penalización.”⁴⁰

Fernando Castellanos Tena, define a la punibilidad como:

“El merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Agregando que un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena, tal comportamiento acarrea la conminación legal de la aplicación de esa sanción”.⁴¹

³⁹ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 257.

⁴⁰ MONARQUE UREÑA, Rodolfo. Op. Cit. Pág. 57.

⁴¹ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 275.

En relación con este elemento del delito, el Doctor Eduardo López Betancourt expresa:

“La punibilidad es un elemento secundario del delito, que consiste en el merecimiento de una pena, en función o por razón de la comisión de un delito; dichas penas se encuentran establecidas en nuestro Código Penal.

“Sin embargo, cualquiera que sea la naturaleza de la excusa absolutoria, obviamente, respecto a nuestra legislación, imposibilita la aplicación de una pena, de suerte que la conducta por el beneficiario de ella, en cuanto no es punible, no encaja en la definición del delito contenida en el artículo 7 del Código Penal”.⁴²

En el tipo penal contenido por el artículo 466 de la Ley General de Salud la punibilidad se ubica en esta redacción: “Se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años”.

Luis Jiménez de Asúa define las excusas absolutorias en los siguientes términos:

“Son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública; es decir que son motivos de impunidad”.⁴³

Fernando Castellanos dice que:

“En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena, constituyen el aspecto negativo de la punibilidad. Son

⁴² LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit. Págs. 263 y 264.

⁴³ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. Op. Cit. Págs. 152 y 153.

aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena.

“El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito (conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición”.⁴⁴

Se debe entender por excusas absolutorias aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena.

En el tipo penal objeto del presente trabajo de investigación no se observa excusa absolutoria alguna.

⁴⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Págs. 278 y 279.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El bien jurídico tutelado en el tipo penal objeto del presente trabajo de investigación es la libertad.

SEGUNDA.- A la libertad que hago referencia, es a la facultad individual de procreación que en este caso tiene la mujer que es el sujeto pasivo del tipo penal en estudio.

TERCERA.- El último párrafo del artículo 466 de la Ley General de Salud previene: "...La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge". Y por mi parte propongo que señale: "... la mujer no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su pareja o cónyuge".

CUARTA.- Considero un acierto del legislador la creación del tipo penal objeto del presente trabajo de investigación, en virtud de proteger la integridad personal y psíquica de la mujer.

QUINTA.- La inseminación, gestación y nacimiento de un ser concebido sin consentimiento de la mujer, daría lugar al crecimiento de una persona poco querida y con problemas de integración al núcleo familiar y a la sociedad.

SEXTA.- El tipo penal objeto de nuestra tesis es respecto a su conducta, de acción.

SÉPTIMA.- Al llevar a efecto el examen dogmático del tipo penal estudiado, no encontramos una causa específica de atipicidad.

OCTAVA.- La causa de justificación que podría argumentarse sería el consentimiento de la mujer y de su pareja o de su cónyuge.

NOVENA.- La forma de culpabilidad en el presente tipo penal, es dolosa sin lugar a dudas, razón por la cual no se puede argumentar error como causa de inculpabilidad.

DÉCIMA.- El estudio integral del artículo 466 de la Ley General de Salud, me lleva a considerar que no se puede presentar excusa absolutoria alguna.

BIBLIOGRAFÍA.

AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. Derecho Penal. Editorial Oxford University Press. México 2003.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las garantías individuales. 27ª. Edición. Editorial Porrúa. México 1995.

CHARIS GÓMEZ, Eduardo. Estudios de Derecho del Trabajo. Editorial Porrúa. México 1997.

CHAVIRA MARTÍNEZ, Jorge Humberto. Conferencia sobre la Constitución Mexicana de 1917. Ex Recinto Legislativo. Guadalajara, Jalisco México 1988.

CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal. Derecho Penal. Tomo I. 9ª. Edición. Editora Nacional. México 1951.

DAZA GÓMEZ, Carlos Juan Manuel. Teoría General del Delito. 2ª. Reimpresión. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 2001.

DE BUEN LOZANO, Néstor DE. Seguridad Social. Editorial Porrúa. México 1995.

DE LA CUEVA, Mario. Nuevo Derecho del Trabajo. 2ª. Edición. Tomo II. Editorial Porrúa. México 1998.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. El juicio de Amparo. Editorial Porrúa. México 1964.

GARCÍA CRUZ, Miguel. Evolución Mexicana del Ideario de la Seguridad Social. Instituto de Investigaciones Sociales UNAM. México 1962.

GARCÍA DOMÍNGUEZ, Miguel Ángel. Los Delitos Especiales Federales. 2ª. Reimpresión. Editorial Trillas. México 1991.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Panorama del Derecho Mexicano. Derecho Penal. Mc. Graw Hill. México 1998.

GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. Meditación sobre la justicia. Fondo de Cultura Económica. México 1973.

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal. 4ª. Edición. Editorial Trillas. México 1998.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La Teoría Jurídica del Delito. Editorial Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe Argentina 1958.

KELSEN, Hans. Teoría pura del Derecho. Traducción de Roberto Vernengo. Editorial U.N.A.M. México 1979.

LISZT, Franz Von. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Traducido por Quintiliano Saldaña. Editorial Reus. Madrid s/f.

LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del Delito. 11ª. Edición. Editorial Porrúa. México 2003.

MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. 2ª. Edición. Editorial Porrúa. México 1998.

MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Teoría Legalista del Delito. 2ª. Edición. Editorial Porrúa. México 1994.

MONARQUE UREÑA, Rodolfo. Lineamientos Elementales de la Teoría General del Delito. 2ª. Edición. Editorial Porrúa. México 2002.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. Algunas bases para la política criminal. Revista Mexicana de Justicia. Número 2. Volumen 3. Abril-Junio 1985.

NOVOA FUENZALIDA, Enrique. Derecho de la Seguridad Social. Edición del Autor. Santiago de Chile 1977.

OROZCO ENRIQUEZ, Jesús. Teoría del Estado. Edición del autor. México 1970.

OSORIO y NIETO, César Augusto. Delitos Federales. 3ª. Edición. Editorial Porrúa. México 1998.

PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. 14ª edición. Editorial Porrúa. México 1999.

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Teoría del Delito. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1998.

PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael. Lecciones de filosofía del Derecho. Editorial Jus. México 1967.

REYES HEROLES, Jesús. Apuntes sobre la idea del Estado de Derecho. Revista del trabajo. México 1947.

REYNOSO DÁVILA, Roberto. Teoría General del Delito. 3ª. Edición. Editorial Porrúa. México 1998.

RIVERA SILVA, Manuel. Derecho Penal Fiscal. Editorial Porrúa. México 1984.

RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. Nuevo Derecho de la Seguridad Social. 5ª. Edición. Editorial Porrúa. 2001.

SANTOS AZUELA, Héctor. Derecho del Trabajo. Editorial Mac Graw Hill. México 1998.

SASSI, Hans Martín. La bioética: Fundamentos filosóficos y aplicación. Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana. Mayo Junio de 1990. Organización Panamericana de la Salud. México Distrito Federal.

SCHMILL ORDOÑEZ, Ulises. El sistema de la Constitución mexicana. 2ª. Edición. Editorial Porrúa. México 1997.

TAMAYO SALMORÁN, Rolando. Introducción al estudio de la Constitución. Editorial U.N.A.M. México 1979.

LEGISLACIÓN.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

LEY GENERAL DE SALUD.

OTRAS FUENTES.

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE LAS CIENCIAS MÉDICAS. Editorial Salvat. Buenos Aires Argentina 1995.

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE PSICOLOGÍA Y PSICONÁLISIS. EDITORIAL LABOR. Barcelona España 1994.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Tomo VII. Editorial Driskill. Buenos Aires, Argentina 1979.

VOZ CONSENTIMIENTO. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Tomo A-Ch. 9a. Edición. Editorial Porrúa UNAM. México 1996.

VOZ INCAPACIDAD. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Tomo I-O. 9a. Edición. Editorial Porrúa UNAM. México 1996.

VOZ MENORES. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Tomo I-O. 9a. Edición. Editorial Porrúa UNAM. México 1996.

VOZ BACTERIA. Enciclopedia Encarta. México 2005.

VOZ EFECTOS BIOLÓGICOS DE LA RADIACIÓN. Enciclopedia Encarta. México 2005.

VOZ SANGRE. Enciclopedia Encarta. México 2005.