



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO PENAL PARA LA CIUDAD DE MÉXICO
PARA TUTELAR LA INTEGRIDAD CORPORAL Y LA SALUD ANTES DEL
NACIMIENTO

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:
KARLA LORENA LÓPEZ QUINTANAR

ASESOR DE TESIS:
LIC. OSCAR SOTOMAYOR LÓPEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, CDMX, 2022



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

**SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/SP/36/10/2022
ASUNTO: APROBACIÓN DE TESIS**

**M. EN C. IVONNE RAMÍREZ WENCE
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.**

La alumna **KARLA LORENA LÓPEZ QUINTANAR**, con No. de Cuenta: 304068218, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC. **OSCAR SOTOMAYOR LÓPEZ**, la tesis profesional titulada "**PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO PENAL PARA LA CIUDAD DE MÉXICO PARA TUTELAR LA INTEGRIDAD CORPORAL Y LA SALUD ANTES DEL NACIMIENTO**", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor **OSCAR SOTOMAYOR LÓPEZ**, en su calidad de asesor, informa que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "**PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO PENAL PARA LA CIUDAD DE MÉXICO PARA TUTELAR LA INTEGRIDAD CORPORAL Y LA SALUD ANTES DEL NACIMIENTO**" puede imprimirse para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna **KARLA LORENA LÓPEZ QUINTANAR**.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

Sin otro particular, agradezco anticipadamente la atención que le dé a la presente solicitud, y aprovecho para enviarle un saludo cordial.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Cd. Universitaria, CDMX. 7 de octubre de 2022.

**LIC. ARTURO LUIS COSSÍO ZAZUETA
DIRECTOR DEL SEMINARIO**

ALCZ/*ajs

Dedicatorias

A mis padres Rosario Quintanar Polo y Faustino López Martínez, por confiar siempre en mí y brindarme incondicionalmente su apoyo.

A mi hermano Adán, a quien admiro profundamente por sus logros profesionales y quien me ha ayudado para alcanzar los míos.

A mis tíos Lourdes Quintanar González y Alejandro Brito Macedo, porque su presencia en mi vida se equipara a la de mis padres.

Agradecimientos

A la Universidad Nacional Autónoma de México, por abrirme sus puertas y ser parte fundamental de mi desarrollo personal y académico.

A la Facultad de Derecho, porque en sus aulas obtuve conocimientos y mentores.

Al Profesor Oscar Sotomayor López, por confiar en mi proyecto y aceptar guiarme en este importante paso, brindándome su confianza, paciencia y conocimientos.

A todos, gracias.

**PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO PENAL PARA LA CIUDAD DE
MÉXICO PARA TUTELAR LA INTEGRIDAD CORPORAL Y LA SALUD ANTES
DEL NACIMIENTO**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....I

**CAPÍTULO I
ANTECEDENTES**

1.1. Conciencia histórica de la ausencia de un delito de lesiones al ser humano en gestación: Caso Contergan.....1

1.1.1. La determinación del *LG Aachen* de 18 de diciembre de 1970..... 3

1.1.2. La inclusión de las malformaciones al feto en el delito de lesiones.....4

1.1.3. Justificación a la solución emitida por el *LG Aachen*.....6

1.1.4. Las soluciones estimadas por el *LG Aachen* para los supuestos del Caso Contergan.....8

1.2. El delito denominado ‘lesiones al feto’ en el Código Penal de España.....9

1.2.1. Antecedentes.....9

1.2.2. Inclusión de los artículos 157 y 158 en el Código Penal de España.....11

1.2.3. Cuestiones comunes en el delito de ‘lesiones al feto’.....13

A) El bien jurídico protegido.....13

B) El objeto material.....14

C) Conducta típica.....16

D) Sujeto activo.....17

E) Sujeto pasivo.....17

F) Pena.....18

G) Concurso de delitos.....19

CAPÍTULO II

MARCO CONCEPTUAL

2.1. Concepto de Derecho penal.....	21
2.1.1. Concepto jurídico de delito.....	23
2.2. Concepto de integridad corporal.....	24
2.2.1. El vínculo entre la integridad corporal y la salud.....	25
2.3. Definición de lesión en sentido médico y jurídico.....	28
2.3.1. Lesión en sentido médico.....	29
2.3.2. Lesión en sentido jurídico.....	30
2.4. Planteamiento de un concepto de lesiones antes del nacimiento: ‘lesiones al feto’.....	32
2.4.1. Los vocablos ‘embrión’ y ‘feto’ en sentido técnico.....	33
2.4.2. Los vocablos ‘embrión’ y ‘feto’ en la norma jurídica.....	34
2.4.3. Concepto de ‘lesiones al feto’: propuesta.....	38

CAPÍTULO III

MARCO NORMATIVO DE LA PROTECCIÓN DEL SER HUMANO ANTES DEL NACIMIENTO

3.1. Protección jurídica en México para el ser humano antes de nacer.....	39
3.1.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	40
3.1.1.1. La protección a la vida.....	40
3.1.1.2. La protección a la salud del producto de la concepción.....	43
3.1.2. Ley Federal del Trabajo.....	45
3.1.3. Ley General de Salud.....	46
3.1.4. Código Civil Federal.....	47
3.1.5. Código Penal Federal.....	48
3.1.6. Constituciones y Códigos locales.....	49
3.1.6.1. Código Civil para la Ciudad de México.....	51

3.1.6.2. Código Penal para la Ciudad de México.....	51
3.1.6.3. Código Penal para el Estado de Zacatecas.....	53
3.1.6.4. Código Penal de Coahuila de Zaragoza.....	54
3.1.6.5. Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco y Código Penal del Estado de México.....	56
3.2. Instrumentos jurídicos internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por México que protegen la vida antes del nacimiento.....	57
3.2.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”.....	58
3.2.2. Convención sobre los Derechos del Niño.....	59
3.2.3. Consideraciones especiales respecto al alcance de la protección de la vida prenatal en los instrumentos jurídicos internacionales: Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica.....	60
3.3. Necesidad de regular el daño a la integridad corporal y la alteración a la salud antes del nacimiento en el Código Penal para la Ciudad de México.....	66

CAPÍTULO IV

PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO PENAL PARA LA CIUDAD DE MÉXICO PARA TUTELAR LA INTEGRIDAD CORPORAL Y LA SALUD ANTES DEL NACIMIENTO

4.1. El producto de la concepción y su protección en el Código Penal para la Ciudad de México.....	70
4.2. Propuesta para incorporar el delito de ‘lesiones al feto’ en el Código Penal para la Ciudad de México.....	72
4.2.1. Tipo penal.....	75
4.2.1.1. Elementos típicos.....	78
4.2.1.1.1. Sujeto activo y pasivo.....	78
A) Sujeto activo.....	78
B) Sujeto pasivo.....	79

4.2.1.1.2. Objeto jurídico y material.....	82
A) Objeto jurídico.....	82
A)-I. Desarrollo gestacional del ser humano: perspectiva médica.....	84
a) Periodo embrionario (primer trimestre).....	85
b) Periodo fetal (segundo y tercer trimestre).....	86
c) Parto (nacimiento).....	87
A)-II. Defectos congénitos.....	88
a) Malformaciones.....	88
b) Disrupciones.....	88
c) Deformaciones.....	88
d) Síndrome.....	89
A)-III. Factores ambientales que ocasionan anomalías congénitas:	
agentes teratógenos.....	89
a) Agentes químicos.....	89
b) Agentes infecciosos virales.....	93
c) Agentes físicos.....	94
A)-IV. Atención médica del feto.....	94
a) Técnicas de diagnóstico prenatal.....	95
a)-I. Métodos invasivos.....	96
a)-II. Métodos no invasivos.....	98
A)-V. Conclusión respecto a la existencia de corporeidad y salud	
en la etapa fetal.....	98
B) Objeto material.....	100
4.2.2. Estudio dogmático.....	101
4.2.2.1. Conducta y su ausencia.....	101
A) Conducta.....	101
A)-I. Acción.....	101
a) Conducta de acción por el profesional de la salud.....	102
b) Conducta de acción por la persona embarazada.....	104
c) Conducta de acción por cualquier otra persona física.....	106
A)-II. Omisión.....	107

a) Omisión simple.....	107
b) Comisión por omisión.....	107
c) Comisión por omisión de la persona embarazada: cuidados prenatales.....	108
d) Comisión por omisión del profesional de la salud.....	108
B) Ausencia de conducta.....	109
4.2.2.2. Tipicidad (clasificación del tipo penal y sus elementos) y atipicidad.....	110
A) Tipicidad.....	110
A)-I. Clasificación del Tipo Penal.....	111
a) Por su composición.....	111
b) Por su ordenación metodológica.....	112
c) Por su autonomía o dependencia.....	113
d) Por su formulación.....	113
e) Por el daño.....	113
A)-II. Elementos objetivos, subjetivos y normativos.....	114
a) Elemento objetivo.....	114
b) Elemento subjetivo.....	115
c) Elemento normativo.....	116
B) Atipicidad.....	116
4.2.2.3. Antijuridicidad y causas de justificación.....	118
A) Antijuridicidad.....	118
B) Causas de justificación.....	119
B)-I. Ejercicio de un derecho.....	119
B)-II. Cumplimiento de un deber.....	120
B)-III. Legítima defensa.....	121
B)-IV. Estado de necesidad.....	123
B)-V. Consentimiento del titular del bien jurídico.....	124
4.2.2.4. Imputabilidad e inimputabilidad.....	125
A) Imputabilidad.....	125
A)-I. Acciones libres en su causa.....	126

B) Inimputabilidad.....	127
B)-I. Trastorno mental.....	127
B)- II. Desarrollo intelectual retardado.....	127
B)-III. Miedo grave.....	127
B)- IV. Minoría de edad.....	128
4.2.2.5. Culpabilidad e Inculpabilidad.....	128
A) Culpabilidad.....	128
A)-I. Dolo.....	129
a) Dolo directo.....	129
b) Dolo indirecto o eventual.....	129
c) Dolo genérico.....	129
A)-II. Culpa.....	130
a) Culpa consciente con representación.....	130
b) Culpa inconsciente sin representación.....	131
B) Inculpabilidad.....	132
B)-I. Error esencial del hecho invencible.....	132
a) Error de Derecho.....	132
b) Error de Hecho.....	133
B)-II. No exigibilidad de otra conducta.....	135
B)-III. Temor fundado.....	135
B)-IV. Caso fortuito.....	136
4.2.2.6. Punibilidad y excusas absolutorias.....	136
A) Punibilidad.....	136
A)-I. Pena de prisión y pena alternativa.....	137
A)-II. Pena determinada por dolo o culpa.....	139
A)-III. Pena adicional.....	140
B) Excusas absolutorias.....	141
B)-I. Estado de necesidad.....	141
B)-II. Ejercicio de un derecho.....	141
B)-III. Imprudencia.....	142
B)-IV. No exigibilidad de otra conducta.....	142

B)-V. Temibilidad mínima.....	143
B)-VI. Innecesidad de la pena.....	143
4.2.3. Aspectos colaterales del delito.....	143
4.2.3.1. Vida del delito.....	143
A) Fase interna.....	144
B) Fase externa.....	144
C) Ejecución.....	144
4.2.3.1.1. Tentativa.....	145
A) Tentativa acabada.....	145
B) Tentativa inacabada.....	146
4.2.3.1.2. Consumación.....	146
A) Lesiones que inciden en el feto y se corrigen o se curan por sí solas antes del nacimiento.....	147
B) Acción lesiva que incide en el feto y causa la muerte postnatal.....	147
C) Acción lesiva que incide en el feto y causa la muerte antenatal.....	148
4.2.3.2. Participación.....	148
A) Autoría.....	149
B) Coautoría.....	149
C) Complicidad.....	149
D) Encubrimiento.....	149
4.2.3.3. Concurso de delitos.....	150
A) Concurso de delitos ideal o formal.....	150
A)-I. Concurso ideal de delitos: aborto y 'lesiones al feto'.....	150
B)-I. Concurso ideal de delitos: aborto en grado de tentativa y 'lesiones al feto'.....	151
B) Concurso de delitos real o material.....	155
4.2.3.4. Acumulación.....	156
A) Acumulación material.....	156
B) Absorción.....	156
C) Acumulación jurídica.....	157
4.2.4. Clasificación del delito.....	157

A) En función de su gravedad.....	158
B) En orden a la conducta del sujeto activo.....	158
C) Por el resultado.....	158
D) Por el daño que causan.....	158
E) Por su duración.....	159
F) Por la intencionalidad.....	160
G) En función a su estructura.....	160
H) Por el número de actos.....	160
I) Por el número de sujetos que intervienen en el hecho típico.....	161
J) Por la forma de persecución.....	161
K) En función de su materia.....	162
L) Clasificación legal.....	162
CONCLUSIONES.....	164
PROPUESTA.....	168
FUENTES DE CONSULTA.....	177

INTRODUCCIÓN

En el Código Penal para la Ciudad de México, se protege la integridad corporal de las personas mediante el delito de lesiones, sin embargo, esta salvaguarda únicamente es aplicable a quienes son considerados nacidos.

Al respecto, el Código Civil para la Ciudad de México señala por nacido “al que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil.”¹ Por lo tanto, las lesiones ocasionadas a un ser humano antes del nacimiento no son comprendidas en el ámbito penal.

La descripción legal del delito de lesiones en el Código Penal aplicable en la Ciudad de México refiere un daño o alteración en la salud de otro, no obstante, la palabra ‘otro’ no tiene alcance al ser humano en etapa gestacional, dado que, en materia penal las conductas delictivas deben ser específicas y estar plasmadas en la ley, a las cuales corresponderá una pena determinada.

Lo anterior obedece a lo establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respecto a los juicios del orden criminal, puesto que, se prohíbe imponer por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito. Es decir, debe existir la descripción legal del delito lesiones que afecte al concebido (o como en materia penal se le denomina ‘producto de la concepción’) y a su vez ésta determine la pena correspondiente.

Por tal motivo, las lesiones ocasionadas durante el desarrollo gestacional del ser humano no son sancionadas por la ley penal en la Ciudad de México; sin embargo, no significa que esta omisión legislativa no se deba corregir mediante la tipificación de un delito que así lo determine, puesto que existen razones por las que la integridad corporal y la salud humana deben ser protegidas antes del nacimiento.

En el Capítulo I se exponen los principales antecedentes que demostraron la necesidad de regular jurídicamente el daño y la alteración en el cuerpo y salud del

¹ Artículo 337. Código Civil para la Ciudad de México.
<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=XiHGMGm0tf3DexUGxyTnSPNaKmT09ddgqMrV1/G/bLuUSJCLMODC7ziDECdbFmvy> 14 de enero de 2022, 22:02.

concebido. El primero es el Caso Contergan, suscitado entre los años 1957 y 1961 en la República Federal de Alemania, mediante la fabricación y distribución (en más de cuarenta países) por parte de la empresa farmacéutica *Grünenthal*, un medicamento bajo el nombre comercial Contergan, cuya sustancia activa contenía talidomida, misma que, actuaba como sedante y antiemético; por lo que, su administración fue recomendada (incluso sin prescripción médica) a mujeres embarazadas durante el primer trimestre de gestación.

El segundo antecedente acontece en España (país donde se registraron víctimas derivado de la distribución del medicamento Contergan) lugar en donde la legislación penal es más precisa respecto al daño ocasionado a la salud prenatal, por lo que, este país consideró como precedente la difícil discusión en Alemania por carecer de un delito aplicable al incidente que ocasionó malformaciones e incluso la muerte de algunos fetos y neonatos. Por ello, en 1995 por primera vez se incluyó en el Código Penal la figura delictiva denominada 'lesiones al feto', la cual está destinada a proteger la integridad física y salud del ser humano antes de nacer, además de imponer la sanción correspondiente a quien causare de manera intencional o imprudente una lesión o enfermedad al feto y, por supuesto, ésta perjudicare gravemente su normal desarrollo.

La finalidad de este trabajo no es sólo analizar tal problemática, sino también proponer una solución que en nuestro país permita su adecuada regulación, es por esta razón que algunos términos empleados en esta investigación deben ser definidos. Por consiguiente, en el Capítulo II se explica el concepto de integridad corporal, salud, y la definición de lesión en el aspecto médico y jurídico; asimismo, se hace énfasis en la importancia de diferenciar los vocablos 'feto' y 'embrión' desde el sentido técnico y jurídico, puesto que, su empleo resulta ser fundamental para delimitar en materia penal la salvaguarda del cuerpo y la salud antenatal.

En el Capítulo III se citan las diversas disposiciones legales que rigen actualmente en México, éstas expresan la protección al *nasciturus* en distintos aspectos. El Código Civil (ante la expectativa del nacimiento) reconoce la posibilidad de adquirir bienes por donación o herencia desde antes de nacer; en el Código Penal, mediante el delito de aborto, se procura la vida del producto de la concepción

además de aquellas medidas específicas para la procuración de la vida y salud del concebido expresadas en el artículo 123 apartado “A” fracción XV de la Constitución Federal y los numerales 166 y 167 de la Ley Federal del Trabajo, derivadas de actividades laborales realizadas por la mujer grávida.

Adicionalmente, la Ley General de Salud reglamenta el derecho a la salud proclamado en el artículo 4o de la Carta Magna, y determina las bases para el acceso a la atención médica materno-infantil, la cual comprende a partir del periodo de embarazo hasta el puerperio. Al brindar el cuidado a la persona gestante, paralelamente, se está procurando el sano desarrollo gestacional del ser humano, lo que confirma la existencia de integridad corporal y, por ende, salud desde antes de su nacimiento.

Por tal motivo, en el Capítulo IV de esta investigación se desarrolla un proyecto de tipo penal que planea cubrir aquella laguna legislativa, evitando conflictos por ausencia de descripción legal aplicable al caso.

Actualmente en México se ha incorporado en el ordenamiento penal del Estado de Coahuila las ‘lesiones al concebido’. Aunque el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco no emplea una denominación para las lesiones ocasionadas al que está por nacer, alude a éstas en el artículo 207 fracción VI, cuando las lesiones se producen a una mujer embarazada alterando la salud o integridad física al producto de la concepción.

En consecuencia, la presente investigación estima necesario reformar el Código Penal para la Ciudad de México, adicionando la descripción legal que determine una pena específica por conductas tendentes a dañar el cuerpo o alterar la salud antes de nacer.

PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO PENAL PARA LA CIUDAD DE MÉXICO PARA TUTELAR LA INTEGRIDAD CORPORAL Y LA SALUD ANTES DEL NACIMIENTO

CAPÍTULO I ANTECEDENTES

1.1. Conciencia histórica de la ausencia de un delito de lesiones al ser humano en gestación: Caso Contergan

El Caso Contergan es quizá el antecedente más importante debido a las devastadoras consecuencias que generó en miles de fetos humanos y que dio lugar al debate en diversos países sobre la relevancia de tutelar la integridad corporal desde antes de nacer.

Sucedió en la República Federal de Alemania entre los años 1957 y 1961, cuando la empresa farmacéutica *Grünenthal* fabricó y distribuyó un medicamento bajo el nombre comercial Contergan, cuya sustancia activa contenía talidomida, misma que, actuaba como sedante y antiemético, por lo que fue recomendada su administración, incluso sin prescripción médica, a mujeres embarazadas durante el primer trimestre de gestación.²

En un principio se conocía la tolerancia del medicamento por medio de ensayos clínicos que presuntamente demostraron inocuidad durante el embarazo, lo cierto es que de las pruebas médicas presentadas ninguna se había realizado en mujeres gestantes. De esta manera, a partir del año 1957 se autorizó la distribución de medicamentos que contenían talidomida a más de cuarenta países.³

Sin embargo, en 1959 *Grünenthal* comenzó a recibir reportes por parte de médicos y farmacéuticos sobre los efectos desfavorables del medicamento bajo una prolongada administración. Los resultados de diversos ensayos clínicos realizados

² Cfr., Ramón Ribas, Eduardo, *El delito de lesiones al feto. Incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud*, Comares, Granada, 2002, p. 75.

³ Cfr., Cancio Meliá, Manuel, *Caso Contergan*, en Gutiérrez, Ostiz y Sánchez, Pablo (coords.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, p. 208.

en roedores concluyeron que no existían efectos negativos, por lo que la empresa consideró que Contergan no comprometía la salud.⁴

La farmacéutica *Grünenthal* emitió por primera vez en el año 1960 una advertencia respecto a posibles efectos adversos, luego de recibir un reporte por parte de un farmacéutico alemán informando de complicaciones presentadas (específicamente malformaciones) en el producto de la concepción, de manera que consideraron necesaria la prescripción médica para la administración del medicamento.⁵

No es hasta el año 1961 que médicos especialistas en pediatría y genética, solicitaron de manera directa al departamento de investigación de *Grünenthal* para que se retiraran del mercado todos los medicamentos que incluían talidomida, consecuencia de la desconfianza generada al relacionar la ingesta de Contergan en mujeres gestantes y las malformaciones presentadas en los recién nacidos, motivo por el cual la empresa farmacéutica inmovilizó la comercialización del medicamento.⁶

La fiscalía de *Aachen* (Ciudad de Aquisgrán ubicada en Alemania) en 1967 presentó un escrito de acusación dirigido a los directivos de la empresa, derivado de una cifra de más de tres mil recién nacidos con malformaciones o ausencia de extremidades, cuyas consecuencias terminaron con la vida de algunos más tarde; éste fue el número aproximado de víctimas tan sólo en Alemania.⁷

Las respectivas autoridades determinaron sobreseer el ya denominado Caso Contergan, de tal manera que no se condenó penalmente a los imputados al comprometerse la farmacéutica a indemnizar a las víctimas con un fondo de ciento catorce millones de marcos destinados a una fundación para apoyar a los niños afectados por este hecho.⁸

⁴ Ídem.

⁵ Cfr., *Ibidem*, p. 209.

⁶ Ídem.

⁷ Ídem.

⁸ Cfr., Ramón Ribas, Eduardo, *op. cit.*, p. 86.

1.1.1. La determinación del *LG Aachen* de 18 de diciembre de 1970

El *LG Aachen* (Tribunal Provincial de la Ciudad de Aquisgrán, por su traducción del idioma alemán *landesgericht Aachen*) en uso de las facultades otorgadas por la legislación alemana, decidió sobreseer el caso específico por la ausencia de un interés público en la ulterior persecución penal. Sin embargo, en la determinación del Tribunal se afirmaron tres cuestiones, las cuales serían el punto a debatir: i) el delito de lesiones con actuación antes del nacimiento y que trascienden a la persona nacida con malformaciones, ii) la relación entre la administración de talidomida a mujeres embarazadas y los nacidos con malformaciones, y iii) la imprudencia (conforme al *LG Aachen*) con la que actuó la empresa farmacéutica *Grünenthal* al no cumplir con todas las exigencias requeridas para un productor y distribuidor de medicamento.⁹

La primera cuestión a resolver por el *LG Aachen* fue determinar si la descripción legal del delito de lesiones en el Código Penal alemán consideraba la protección jurídica únicamente a las personas nacidas, es decir, aquellas acciones que incidieron en el producto de la concepción alcanzaban tutela penal mediante este delito; la solución adoptada por el *LG Aachen* al Caso Cortegan no distó de lo anterior. Se explicó que, bajo las circunstancias del caso la causa de malformaciones sólo era punible si era considerado que estas lesiones afectaban a quien naciera con ellas.¹⁰

Lo antes mencionado fue resultado del argumento que fijó la ausencia de una descripción legal, en el que se lesiona la integridad corporal del producto de la concepción y, más allá de limitarse sólo al mismo, trasciende al ser humano nacido, por lo que no existía razón alguna para no proteger la afectación a este último mediante el delito de lesiones ya considerado en la legislación penal alemana.

Para resolver la segunda cuestión el *LG Aachen* afirmó que un conocimiento absoluto no debía considerarse en una prueba meramente jurídica, al no suponer determinada certeza matemática como se obtiene en las ciencias naturales.¹¹ En

⁹ Cfr., Cancio Meliá, Manuel, *op. cit.*, pp. 210 y 211.

¹⁰ Cfr., *Ibidem*, p. 212.

¹¹ *Ídem*.

consecuencia, admitió que aunque no se consideraba una comprobación cuya certeza sea absoluta por medios científicos, no podía ignorarse o clasificarse dicho evento como resultado de hechos coincidentes entre la administración de talidomida a mujeres embarazadas y los miles de casos (no sólo en Alemania, sino también en los cuarenta países más donde fuera distribuido dicho medicamento) de recién nacidos con malformaciones.

Aunado a lo anterior, el conocimiento médico adquirido por los especialistas en el desarrollo del feto y sus estructuras físicas, permitieron conjeturar la coexistencia entre la sustancia activa y la temporalidad de las malformaciones en el producto de la concepción.¹²

Respecto al tercer aspecto a solucionar, el Tribunal de Aquisgrán descartó que el hecho presentado haya sido consecuencia de la intención por parte de los directivos de la empresa farmacéutica *Grünenthal*. Concluyó que la falta de ensayos clínicos escrupulosos solicitados a las empresas responsables de comercializar un medicamento, y la respuesta no inmediata a la advertencia que indicaba los posibles efectos negativos al administrarse a mujeres en gestación, generaron que éste decidiera fincar responsabilidad (a título de imprudencia) a los directivos de la farmacéutica.¹³

1.1.2. La inclusión de las malformaciones al feto en el delito de lesiones

Es importante destacar aquellos argumentos que afirmaron la solución a tan complicado hecho y, por supuesto, serían considerados más tarde por el Tribunal para manifestar su postura final.

Las malformaciones en los recién nacidos (consecuencia de la administración de talidomida a mujeres gestantes) no era más que “una lesión del niño nacido con malformaciones”,¹⁴ de acuerdo con el argumento adoptado por el *LG Aachen*, centrado básicamente en un sujeto considerado más allá de la realidad jurídica representado por el feto, pero con la expectativa de adquirir la condición de

¹² Cfr., *Ibidem*, p. 213.

¹³ Cfr., *Ibidem*, p. 214.

¹⁴ Citado por Ramón Ribas, Eduardo, *op. cit.*, p. 92.

persona jurídica con el nacimiento. Por consiguiente, la idea que consideró aquellas lesiones ocasionadas durante el embarazo y que se manifestaron en el recién nacido cumplieron con las exigencias necesarias en el delito de lesiones, porque finalmente alcanzaban a la persona nacida.

El *LG Aachen* confirmó la intención de incluir las malformaciones fetales en el delito de lesiones y la respaldó con los siguientes argumentos:

1. Según la doctrina y la jurisprudencia, bajo el concepto de lesión de la salud se comprende el menoscabo de las funciones corporales, físicas o psíquicas, humanas o, en caso de que existiera ya una lesión inicial, el aumento de ésta.
2. Una perturbación funcional sólo puede existir desde el momento en que la función existe.
3. Las capacidades de andar, trabajar con las manos, escuchar, etc., no las posee aún el feto, sino que en él tan solo existe la predisposición para realizarlas.
4. Las funciones propiamente dichas, por tanto, sólo aparecen después del nacimiento, en el momento en que el desarrollo natural de la persona así lo determine.
5. Llegado este momento, puede hablarse ya de una perturbación patológica de las denominadas funciones corporales y, por consiguiente, de la existencia de una lesión de la salud.
6. Dado que la talidomida produce sus efectos en el feto y, en cambio, la capacidad funcional sólo empieza una vez que aquél ha nacido, las malformaciones se limitan a alterar el desarrollo corporal, pero la lesión, en sentido jurídico, sólo tiene lugar en la persona, que será quien vea dañadas sus funciones: la malformación se muestra como una lesión que se produce en la persona.¹⁵

¹⁵ Citado por Ramón Ribas, Eduardo, p. 96.

En el presente trabajo, se considera que los argumentos adoptados por el *LG Aachen*, crean la falsa percepción jurídica de dos individuos, pero que al comienzo del nacimiento trascendiera a uno solo. Es decir, si el Tribunal de Aquisgrán reconoció que los efectos de la talidomida incidieron en el feto, por qué no admitió la importancia de tutelar el bien jurídico del individuo desde este primer estadio, lejos de justificar (jurídicamente) como objetos materiales distintos, en el cual sólo los bienes jurídicos de la persona se encuentran amparados.

1.1.3. Justificación a la solución emitida por el *LG Aachen*

Para exponer una solución al caso en específico, el *LG Aachen* determinó precisar las circunstancias jurídicas y no jurídicas que ubicaban al ser humano que está por nacer como el sujeto en quien recaen los delitos ya contemplados en el Código Penal de Alemania. Como bien lo señala Ramón Ribas “la correcta comprensión de la construcción realizada por el *LG Aachen* sólo es posible si descubrimos los pilares sobre los que descansa.”¹⁶

De acuerdo con lo estudiado por el autor citado (lo cual considero acertado) las bases de tan controvertida solución se centran tan sólo en un par de observaciones: i) la diferencia de lesiones en sentido natural y lesiones en sentido jurídico y ii) la existencia del individuo sobre el que recae la acción.¹⁷

La primera idea parte de la distinción entre las ‘lesiones naturales’¹⁸ y ‘lesiones jurídicas’, las primeras se producen cuando se causa una alteración o menoscabo de la integridad de un ser humano, en consecuencia se considera una modificación de su estado.¹⁹ En el caso de quienes sufrieron los efectos adversos de la talidomida, indica Ramón Ribas (basado en la determinación tomada por el *LG Aachen*) “es perfectamente factible localizar esta transformación, pues aquella medicina incide directamente en el organismo fetal, alterando el desarrollo natural del *nasciturus*.”²⁰ Estas ‘lesiones naturales’, en consecuencia, suelen carecer de

¹⁶ *Ibidem*, p. 98.

¹⁷ Cfr., *Ibidem*, pp. 98 y 99.

¹⁸ El entrecomillado es utilizado porque no es un término formalmente aceptado en el ámbito penal. Únicamente y con el fin de diferenciar de las lesiones clasificadas por la norma penal, serán denominadas así.

¹⁹ Cfr., Ramón Ribas, Eduardo, *op. cit.*, p. 98.

²⁰ *Ídem*.

relevancia jurídica porque la integridad corporal de las personas nacidas es la única considerada protegida jurídicamente.

Por lo tanto, sólo un ser humano nacido puede lesionarse y trascender jurídicamente, pese a la concurrencia en el feto de una lesión en sentido natural, pues de acuerdo con el Código Penal aplicable en Alemania, no es sino hasta el momento del nacimiento que se estima el menoscabo en la integridad corporal de una persona²¹

Se concluyó que quienes padecen una alteración en su estado desde la gestación no nacen lesionadas en sentido jurídico pero sí en sentido natural, y como lo que interesa al tema es la existencia jurídica, es a la persona nacida a quien se le reconoce la protección.

El *LG Aachen* señaló que el nacimiento es la condición exigida por los delitos descritos en el Código Penal, porque con ésta es posible manifestar el concepto de función y, por tanto, es su perturbación la que integra el delito de lesiones.²²

La segunda idea que destacó el autor como parte del análisis de la solución al Caso Contergan (propuesta por el *LG Aachen*) es la existencia del individuo sobre el que recae la acción. Se explicó lo siguiente: el objeto de la acción debe existir en el momento en el que se produce el resultado (indicado en la descripción legal) pues el delito así lo exige, y no así la existencia de éste ya en el momento de la acción que ha de conducir al resultado.²³

El *LG Aachen* señaló que los delitos de lesiones se caracterizan por ser delitos de resultado, por lo que aquella lesión que incide en un momento anterior al nacimiento finalmente se manifiesta en el ser nacido.²⁴ De manera tal, la producción de resultados en el Caso Contergan en recién nacidos cuya acción originalmente recayó en un feto, sólo importa en la medida en que cumpla con lo establecido en la descripción legal del delito de lesiones, es decir, la lesión a la persona.²⁵

²¹ Ídem.

²² Cfr., *Ibidem*, p.99.

²³ Cfr., *Ibidem*, p.100.

²⁴ Ídem.

²⁵ Cfr., *Ibidem*, p.101.

1.1.4. Las soluciones estimadas por el *LG Aachen* para los supuestos del Caso Contergan

El Tribunal de Aquisgrán consideró que el ser humano no era una figura aislada en las diversas áreas del Derecho (como lo es en materia civil, misma que, permite una construcción e interpretación del derecho con mayor amplitud y libertad) dado que, éste mismo reconoce la prohibición de la analogía e impide estimar el alcance de delitos existentes; es decir, al consentir que es parte de la regulación penal mantener la firme rigidez que persigue cada una de las descripciones legales de las que el legislador se ha ocupado para su correspondiente pena a aquellas conductas que alteran el orden social; son exigibles juicios o razonamientos específicamente penales.²⁶

No obstante, el *LG Aachen* consideró suficiente adoptar la idea de amparar el bien jurídico posterior al nacimiento, con lo cual estimó ubicar cada una de las consecuencias a las que se enfrentarían quienes padecieron de las terribles lesiones por la talidomida, bajo las exigencias planteadas por los delitos ya existentes en el Código Penal de Alemania; por lo que, a modo de conclusión determinó se resolviera conforme lo citado a continuación:

1. Los abortos imprudentemente causados son, por ausencia de previsión legal en dicho sentido, atípicos. Sólo el aborto doloso es punible conforme a la legislación penal alemana.
2. Las acciones prenatales que causaron la muerte de niños poco después de su nacimiento realizan el tipo de homicidio imprudente (parág. 222 StGB).
3. Las acciones prenatales que, pese a incidir sobre el feto, causaron lesiones a las personas nacidas, cuyas funciones quedaron impedidas o gravemente menoscabadas, realizan el tipo de lesiones imprudentes (parág. 230 StGB).²⁷

²⁶ Cfr., *Ibíd.*, p.94.

²⁷ *Ibíd.*, p. 103. Véase también, *Strafgesetzbuch (StGB)* [por su traducción del idioma alemán al español, Código Penal] parágrafos 222 y 230. <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>

El controversial Caso Contergan concluyó bajo las determinaciones anteriormente citadas, mismos que fueron analizados y expuestos por el Tribunal a fin de cerrar cabida a futuros casos que involucren la integridad corporal antes del nacimiento.

1.2. El delito denominado ‘lesiones al feto’ en el Código Penal de España

1.2.1. Antecedentes

La comercialización del medicamento Contergan tuvo presencia en otros países (además de Alemania) donde se distribuyó sin precaución alguna para su administración a las gestantes; las consecuencias, como era de esperarse, fueron devastadoras en los recién nacidos, tal como se suscitó en Alemania.

España fue uno de los países afectados por la administración de talidomida y, en adelante, sería la referencia más importante en cuanto a Derecho comparado para futuras legislaciones en materia penal. Pese a que el hecho aconteció en Alemania y fue discutido entre los más destacados juristas, la extensa argumentación en aquel país sobre las diversas soluciones al caso aportó, significativamente, a la legislación penal de España.²⁸

En el año de 1995, España se convirtió en el primer país en incluir la descripción legal específica en el Código Penal, misma que impone una pena a quien resulte responsable de lesionar a un feto.²⁹

El objetivo de incorporar una figura delictiva que protegiera al ser humano antes del nacimiento de todas aquellas conductas que lo podían lesionar, fue suplir las deficiencias de los delitos ya establecidos, mismos que no alcanzaban a salvaguardar al feto conforme al Código Penal español.³⁰

Con anterioridad, la doctrina española se había dividido en dos posiciones, es decir, el rechazar o admitir la inclusión de las conductas que lesionan al feto en

²⁸ *Ibíd.*, p. 416.

²⁹ Cfr., Romeo Casabona, Carlos María, *El médico y el derecho penal*, t. II- vol. I: Los problemas penales actuales de la Biomedicina, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2011, p. 325.

³⁰ Cfr., Ramón Ribas, Eduardo, *op. cit.*, p. 417.

el antiguo Código Penal de 1973.³¹ Estas posiciones no eran tan distintas al argumento que adoptó el *LG Aachen*³² acerca del individuo en quien recae la acción.

La primera de estas posiciones señaló que no podía imponerse una pena a conductas que lesionaran un feto, dado que éstas no constituían un delito. Tanto los delitos de lesiones corporales como el de homicidio en el Código Penal de 1973, exigían que éstas se hubieran infligido a un ser humano nacido. Por lo tanto, los delitos de lesiones no alcanzaban la protección de la salud e integridad física o psíquica del feto.³³

La segunda posición sostuvo la idea que tanto el delito de homicidio como el de lesiones eran suficientes para aplicar la pena correspondiente con base en los criterios para determinar la comisión del delito, es decir, que éstos finalmente se manifestaban en la persona nacida.³⁴

Antes de la inclusión del delito de lesiones al feto en el Código Penal español se precisó que el feto no estaba protegido ante conductas que dañaban su integridad física, ni por aquellas que de manera imprudente situaban la vida de éste en grave peligro. Lo anterior era razonable al considerarse que décadas atrás no era común atender a conductas que incluyeran el sólo hecho de lesionar al feto; se comprendía que al cometer una conducta intencional hacia el feto se le privaba de la vida para cometer el delito de aborto, pero no así para únicamente lesionarlo, probablemente no existían métodos tan exactos que sólo consiguieran dañarlo.³⁵

Al incluir en el actual Código Penal el delito de 'lesiones al feto', se pretendió eliminar los vacíos legales cuando se lesionase de manera intencional o consecuencia de un grave descuido por parte de profesionales médicos o asimilados. Recordando en todo momento que el concebido es vulnerable en cada una de las etapas de la gestación, aun cuando la medicina y el personal que labora en ella intervienen de manera directa, ya sea para explorar y prevenir enfermedades durante el diagnóstico prenatal, para tratamientos en fase experimental que requieren de una mayor ponderación de riesgos y ventajas sobre el estado de salud;

³¹ Cfr., Romeo Casabona, Carlos María, *op. cit.*, p. 326.

³² Véase *supra*, p. 8.

³³ Cfr., Romeo Casabona, Carlos María, *op. cit.*, p. 326.

³⁴ Ídem.

³⁵ *Ibidem*, p. 328.

o bien, de aquellas maniobras obstétricas que han logrado crear incertidumbre sobre las lesiones ocasionadas durante el trabajo de parto.³⁶

En opinión del autor Romeo Casabona (quien desde el año 1981 propuso la inclusión del delito de lesiones al feto) respecto a la necesidad del delito que específicamente regulara conductas intencionales o imprudentes que perjudican gravemente al concebido y, claramente el Código anterior no alcanzaba a proteger, menciona lo siguiente “[...] de la hipótesis de que el dolo de producir esos efectos (esto es, agredir al feto dolosamente con el fin de que al cabo de nacer muera o se le manifiesten lesiones corporales) llevará implícitamente consigo el dolo eventual de causar el aborto (lo que era admisible en el Código Penal de 1973) [...] pero, lógicamente si en un caso que a mí me sigue pareciendo excepcional, no concurriese ese dolo eventual de aborto, no se podría castigar por tentativa, con el resultado de impunidad [...].”³⁷

Conforme a lo anterior, ni el delito de aborto ni su intención de consumarlo, representan protección ante lesiones prenatales, considerando además que los diversos métodos³⁸ que hoy en día son utilizados en gran parte del país, con el objetivo principal de garantizar el bienestar prenatal y, como lo indica el autor, no necesariamente son conductas encaminadas a lesionarlo o privar de la vida al concebido.

1.2.2. Inclusión de los artículos 157 y 158 en el Código Penal de España

A partir del año 1995 el contenido del Título IV del Libro II correspondiente al Código Penal de España, constituyó una verdadera novedad en el ordenamiento jurídico español al incorporarse los artículos 157 y 158 destinados a proteger a quien está por nacer, como realidad distinta de la persona viva (objeto del delito común de lesiones) de los riesgos que pudieran afectar derivados de conductas dolosas o imprudencias graves.³⁹

³⁶ *Ibidem*, pp. 329 y 330.

³⁷ *Ibidem*, p. 330.

³⁸ Véase *infra*, pp.96 y 97.

³⁹ Cfr., Calderón Cerezo, Ángel y Choclán Montalvo, José Antonio, *Derecho penal. Parte especial*, Bosh, t. II, Barcelona, 1999, p. 620.

Artículo 157.

El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

Artículo 158.

El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto.⁴⁰

Con la inclusión de ambos artículos se pretendía además de proteger al feto, esclarecer la ubicación de dichas conductas dentro del Código Penal, es decir, el delito de 'lesiones al feto' como se ha denominado en España, tiene cierta autonomía respecto a los delitos de lesiones, tal como sucede en el delito de homicidio y las conductas contra la vida intrauterina (aborto).⁴¹

⁴⁰ Artículos 157-158. Ley Orgánica del Código Penal 10/1995 [Código Penal de España] [vigente] <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf> 15 de enero de 2022. 19:19.

⁴¹ Cfr., Romeo Casabona, Carlos María, *op. cit.*, p. 332.

1.2.3. Cuestiones comunes en el delito de ‘lesiones al feto’

A) El bien jurídico protegido⁴²

El bien jurídico tutelado no es diferente respecto del que se protege en las lesiones comunes sobre las personas ya nacidas; es decir, la integridad y la salud física y psíquica del ser humano antes de nacer. Es indiscutible que con esto último se persigue garantizar en extremo la integridad del futuro niño; sin embargo, no es considerado su principal propósito.⁴³

En palabras de Romeo Casabona, lo anterior indicaría “la incongruencia a que daría lugar esta interpretación en relación con el delito de aborto, (pues, dentro de las discrepancias existentes sobre el bien jurídico protegido en este delito, no hay posiciones que hayan sostenido que con él se proteja la vida de la futura persona).”⁴⁴

En contra de los argumentos que señalan aquella limitante jurídico- penal acerca de la tutela a la salud e integridad física y psíquica de exclusiva aplicación al *nasciturus*; se analiza una importante objeción: la pena fijada para el delito de lesiones al feto (prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años) es significativamente mayor que la impuesta al aborto consentido (pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por un tiempo de uno a seis años).⁴⁵

En opinión de Ramón Ribas “indicaría que el legislador no quiso reconocer la salud del feto como el bien jurídico-penal, sino tan sólo sancionar las agresiones prenatales, cuya incidencia final se produce en la persona nacida.”⁴⁶

⁴² Véase *infra*, pp. 82 y 83.

⁴³ Cfr., *Ibidem*, p. 333.

⁴⁴ *Ídem*.

⁴⁵ Cfr., Ramón Ribas, Eduardo, *op. cit.*, p. 342. Véase también, artículo 145 Ley Orgánica del Código Penal 10/1995 [Código Penal de España] [vigente] <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 342 y 343.

En otras palabras, no es el objetivo en las lesiones prenatales proteger la integridad y salud fetal, sino anticiparse a la protección de la integridad y salud de las personas nacidas, en las cuales finalmente se manifestarán las agresiones prenatales. Este argumento se sustenta principalmente con la expectativa del ser que ha de nacer vivo y ha de presentar además los efectos de la lesión.

Conforme al numeral 157, causarle a un feto una lesión o enfermedad puede perjudicar 'gravemente su normal desarrollo' o provocar 'en el mismo una grave tara física y psíquica'; como bien lo señala el autor:

El perjuicio en el normal desarrollo del feto se traducirá en graves taras físicas o psíquicas, que ha de entenderse que por lo general persistirán después del nacimiento, es admisible que el perjuicio en el desarrollo no presente finalmente secuelas (por haberse corregido de forma espontánea o mediante una intervención quirúrgica o tratamiento de otro tipo, o simplemente hayan provocado un parto prematuro), de lo contrario este resultado quedaría siempre absorbido por el otro y carecería por ello de autonomía y de sentido.⁴⁷

De acuerdo con lo señalado en dicho artículo, no tiene mayor relevancia el perjudicar gravemente su normal desarrollo si las manifestaciones del mismo no llegan a consumarse, en cambio, tendrá importancia sólo si las lesiones o enfermedades física sugieran ser mayormente perceptibles y trascendentes para el que en un futuro será persona.

B) El objeto material⁴⁸

El objeto material de acuerdo con la descripción legal del delito de lesiones al feto (regulado en España) es sin duda el feto humano porque sobre él recaerá toda intervención durante el desarrollo gestacional.

⁴⁷ Romeo Casabona, Carlos María, *op. cit.*, p. 333.

⁴⁸ Véase *infra*, p. 100

Respecto a la salud del ser humano desde antes del nacimiento, es además rechazada la interpretación que éste deba estar sano, puesto que, la acción recae en el estado concreto de salud del feto, por tanto, es indiferente que padezca alguna enfermedad que por razones genéticas o hereditarias le signifiquen una enfermedad, anomalía o malformación.⁴⁹

El objetivo de esta posición es excluir la posibilidad de considerar la creación de un delito que pretenda someter a una sanción la transmisión de enfermedades o malformaciones de carácter hereditario.⁵⁰ Como bien lo especifica Romeo Casabona “es obvia la atipicidad de estos hechos sin tener que recurrir para ello a tan peligrosa restricción, puesto que en el momento de la acción- en este caso procreativa- el objeto material todavía no existe.”⁵¹

La salud e integridad del feto consideró que su tutela debía ser a partir de la implantación del embrión humano o feto y terminar con el nacimiento. Al respecto de este último punto, el Tribunal Supremo calificó en Sentencia del 22 de enero de 1999 lo siguiente:

El comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado período de dilatación y continúa con el período de expulsión; en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado; las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo empujan al niño hacia afuera, de tal manera que hay ya intento de expulsión del cuerpo materno, que enlaza con las contracciones y dolores propios de la expulsión, que coincide con la fase terminal del nacimiento o parto.⁵²

⁴⁹ Cfr., Romeo Casabona, Carlos María, *op. cit.*, p. 335.

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ *Idem.*

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1999. Citado por, Romeo Casabona, Carlos María, *op. cit.*, p. 329.

Conforme a lo anterior, en el presente trabajo se concluye que aquellas lesiones provocadas antes del nacimiento serían consideradas lesiones en un feto, y no así las provocadas en un recién nacido o bien durante el trabajo de parto.⁵³

C) Conducta Típica⁵⁴

La descripción legal del artículo 157 correspondiente al Código Penal español, exige el resultado de causar en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica.

Sin embargo, persiste un problema importante con el delito en comento; el alcance de aquellas lesiones o enfermedades 'graves' debe especificar, además, que sea en perjuicio del normal desarrollo del feto o de una tara física o psíquica, siendo estas últimas visibles ya durante el embarazo, o bien, tras el nacimiento, pero en caso de no aparecer de forma inmediata sino durante el desarrollo biológico del infante "debería aceptarse la tipicidad siempre que no ofrezca el menor resquicio de duda la existencia [...] de la relación de causalidad."⁵⁵

No obstante, las acciones que recaen sobre el concebido, siempre que la ciencia o los avances médicos les dificulte conocer el proceso o las consecuencias que lo afecten directamente, permanecerán como incertidumbre para establecer la causalidad.⁵⁶

Recordando el Caso Contergan,⁵⁷ durante más de un año se consideró inofensivo para la salud fetal la talidomida, pese a los reportes de las malformaciones en recién nacidos que apuntaban su relación con la ingestión y las embarazadas, se continuó distribuyendo y administrando únicamente bajo la advertencia de consecuencias fatales poco probables.

⁵³ En México se considera que el nacimiento es la expulsión completa o extracción del organismo materno del producto de la concepción. Contrario a lo señalado en la Sentencia del Tribunal Supremo (citada en el texto), en nuestro país, la fase fetal no termina aun encontrándose la persona embarazada en labor de parto, sino hasta la expulsión total del seno materno.

⁵⁴ Véase *infra*, p. 101.

⁵⁵ Romeo Casabona, Carlos María, *op. cit.*, p. 339.

⁵⁶ Ídem.

⁵⁷ Véase *supra*, pp.1 y 2.

Para que al responsable de la conducta que lesionara a un feto se le adjudicase dicho delito, consecuencia de la grave imprudencia, se debía precisar que fuera resultado de la inobservancia del cuidado debido. Respecto al artículo 158 del Código Penal español, excluye de toda responsabilidad a la embarazada, con ello se pretende no sobrecargarla con medidas exageradas a sus comportamientos o actividades que pudieran poner en peligro la salud e integridad física del ser humano que está por nacer.⁵⁸

D) Sujeto activo⁵⁹

El sujeto activo o quien cometa el delito en comento, puede serlo cualquiera, incluso la madre, aunque normalmente lo serán los profesionales sanitarios o parasanitarios.⁶⁰ Sin embargo, tratándose de lesiones imprudentes cometidas por la embarazada, ésta no será penada.⁶¹

E) Sujeto pasivo⁶²

El sujeto sobre quien recae dicha conducta sancionable por la ley penal española, puede ser el embrión implantado o el feto, pero no la madre.⁶³ Es importante señalar que en España el Código Penal utiliza el término 'feto' en un sentido amplio, es decir, comprende todas las etapas del desarrollo gestacional y no sólo aquella que en estricto alcance obedece al inicio de la décima tercera semana de gestación.⁶⁴ Es por lo anterior que el empleo del término 'feto' en la norma penal de España no contraviene la protección del embrión implantado, ya que versa en la conceptualización jurídico penal tradicional de incluir en éste la fase más temprana a partir de la implantación.

⁵⁸ Cfr., Romeo Casabona, Carlos María, *op. cit.*, pp. 339 y 340.

⁵⁹ Véase *infra*, p. 78

⁶⁰ Cfr., *Ibidem*, p. 337.

⁶¹ Cfr., Calderón Cerezo, Ángel y Choclán Montalvo, José Antonio, *op. cit.* p. 623.

⁶² Véase *infra*, p. 79

⁶³ Cfr., Romeo Casabona, Carlos María, *op. cit.*, p.337.

⁶⁴ Cfr., *Ibidem*, p. 333.

F) Pena⁶⁵

El delito de ‘lesiones al feto’ (artículo 157 del Código Penal español) considera pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria de dos a ocho años; misma que, si es estudiada junto con el delito de aborto y el delito de lesiones en personas nacidas (en sus descripciones legales básicas y no en las agravadas), se entenderá la severidad de la pena que procura tutelar la integridad y la salud física y psíquica del concebido.⁶⁶

Como primer delito a abordar en el contenido de la legislación penal española, el aborto con el consentimiento de la mujer (artículo 145 correspondiente al Código Penal español) impone pena de uno a tres años de prisión e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria de uno a seis años⁶⁷; lo cual se considera por debajo de lo establecido para el delito de lesiones al feto. Situación semejante al aborto que la mujer se produjere (artículo 145 punto 2. Código Penal español) cuya pena impuesta es de seis a veinticuatro meses de multa.⁶⁸

Es importante resaltar las penas aplicables a las distintas hipótesis en el delito de aborto (salvo el artículo 144 el cual considera el aborto practicado sin el consentimiento de la mujer e impone pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria de tres a diez años)⁶⁹ por una razón que, como bien lo menciona Ramón Ribas “siendo más costoso, en términos penales causar unas lesiones que matar al *nasciturus*, la madre o el tercero que fueran responsables de aquéllas tendrían mayor interés en extinguir definitivamente la vida del feto que en procurarle los cuidados pertinentes.”⁷⁰

⁶⁵ Véase *infra*, pp.136 y 137.

⁶⁶ Cfr., Romeo Casabona, Carlos María, *op. cit.*, p.340.

⁶⁷ Cfr., Artículo 145 Ley Orgánica del Código Penal 10/1995 [Código Penal de España] [vigente] <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf> 16 de enero de 2022, 0:48

⁶⁸ Cfr., Artículo 145.2. Ídem.

⁶⁹ La severidad de la pena en el delito de aborto sin consentimiento (pena superior al delito de lesiones al feto y a los distintos supuestos del delito de aborto) obedece a la intención del legislador por salvaguardar la libertad procreativa de la mujer; de manera que, el interés por tutelar bienes jurídicos de la gestante no está supeditado ante el delito de aborto, aun cuando, se pensara que este vela por la vida del producto de la concepción. Cfr., Romeo Casabona, Carlos María, *op. cit.*, p.340.

⁷⁰ Ramón Ribas, Eduardo, *op. cit.*, p. 354.

En cuanto a las penas aplicables al delito de lesiones básico, son inferiores a las cometidas al feto.⁷¹ Probablemente al analizar el bien jurídico protegido en el delito de lesiones al feto, se está encaminando a esclarecer si es la integridad y la salud física y psíquica del *nasciturus* la que se protege. Tal vez lo que realmente se tutela es la integridad y la salud física y psíquica de las personas nacidas, entonces, se justificaría la superioridad de la pena prevista para la protección del ser humano en gestación ante la impuesta por lesiones al nacido. No obstante, como bien se hizo mención, no es un argumento que confirme el objetivo de la descripción legal, por lo que se descarta sea aceptable en estricto sentido.⁷²

G) Concurso de delitos⁷³

En la comunidad jurídica de España se plantearon conflictos jurídicos como consecuencia de incorporar el delito de 'lesiones al feto' en su actual Código Penal, mismos que se agravan cuando se involucra el tema de la vida intrauterina.

El delito de aborto (aun cuando la descripción legal no lo define) es considerado privar de la vida al producto de la concepción; sin embargo, como sucede en el homicidio, para la comisión de dicho delito es necesario realizar determinadas conductas para su ejecución. Infligir lesiones forma parte de la conducta realizada antes de privar de la vida; de manera que, en el caso del delito de homicidio éste absorbe al delito de lesiones, por lo que únicamente se impondrá pena por el primero de ellos. En la misma tesitura, el concurso de normas deberá resolverse a favor del delito de aborto.⁷⁴ Lo anterior obedece al artículo 8 apartado 3 del Código Penal español que señala lo siguiente:

⁷¹ Véase al respecto, artículo 147 Ley Orgánica del Código Penal 10/1995 [Código Penal de España] [vigente] <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

⁷² Cfr., Romeo Casabona, Carlos María, *op. cit.*, p.341.

⁷³ Véase *infra*, p. 150.

⁷⁴ Ídem.

Artículo 8.

Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

3a El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.⁷⁵

Conforme a lo anterior, si se presentara el supuesto en el que se ocasionan lesiones graves a un feto en el intento de consumir un aborto intencional, es decir, un aborto en grado de tentativa, la solución según lo menciona el autor Romeo Casabona sería “un concurso ideal de delitos entre ambos (aborto doloso en tentativa y lesiones al feto consumadas, imprudentes – necesariamente graves, de lo contrario serán impunes- o dolosas, dado el caso), pues sólo la doble apreciación delictiva que se expresa en la pena a través de esta regla concursal acoge totalmente lo injusto del hecho.”⁷⁶

También se considera la posibilidad que al infligir lesiones al feto conlleve un menoscabo de la integridad física de la mujer embarazada, por lo que, podría concurrir el delito de lesiones dolosas e imprudentes a ésta y el delito de lesiones al feto.⁷⁷

La complejidad que conlleva reconocer la autonomía del delito de lesiones al feto frente a los delitos de aborto y lesiones en personas nacidas, no desvalora aquellas aseveraciones que coinciden en el acierto del legislador al incorporar la tutela de un bien jurídico con antelación al nacimiento, objetivo que, pese a la interrogativa de si realmente lo que se protege es la salud e integridad del ser humano en desarrollo gestacional, ésta se ve esclarecida mediante limitantes que posee la misma descripción legal.

⁷⁵ Artículo 8.3 Ley Orgánica del Código Penal 10/1995 [Código Penal de España] [vigente] <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf> 16 de enero de 2022, 7:15.

⁷⁶ Romeo Casabona, Carlos María, *op. cit.*, p.341.

⁷⁷ Cfr., *Ibidem*, p.342.

CAPÍTULO II

MARCO CONCEPTUAL

2.1. Concepto de Derecho penal

El ser humano por su naturaleza requiere vivir en sociedad para satisfacer sus necesidades; sin embargo, para que impere el orden y respeto es necesario que los individuos cumplan determinadas normas impuestas por el Estado,⁷⁸ de tal manera que al conjunto de normas jurídicas encargadas de regular la conducta de los hombres, es lo que se conoce como Derecho y del cual la materia penal es parte.⁷⁹

El Derecho penal es una rama del Derecho en general, se estudia dentro de la clasificación denominada Derecho público, el cual se caracteriza por la intervención del Estado en la regulación de conductas que interesan a la sociedad; contrario a lo que atañe al Derecho privado, el cual está dirigido únicamente a los particulares.⁸⁰

La rama del Derecho penal surge como una necesidad de la sociedad para impedir que las conductas de los individuos alteren el orden social, bajo la amenaza de una sanción determinada por el Estado.⁸¹

Existen distintas definiciones respecto al Derecho penal en el que se menciona como parte del Derecho público, tal como lo indica Ignacio Villalobos “es una rama del derecho público que tiene por objetivo específico mantener el orden político y social de una comunidad por medio de penas y medidas preventivas que ayuden a mantener el bienestar de la misma.”⁸² En el mismo sentido lo expresa el Doctor en Derecho, Fernando Castellanos, como “la rama del Derecho Público interno relativa a los delitos, a las personas y a las medidas de seguridad, que tiene por objetivo inmediato la creación y la conservación del orden social.”⁸³

⁷⁸ Cfr., Meade Hervert, Oliver, *El Derecho*, Patria, México, 2007, p. 2.

⁷⁹ Cfr., Báez Martínez, Roberto, *Principios de Derecho*, PAC, México, 2012, p. 51.

⁸⁰ Cfr., Ortíz Luna, Mario Alberto, *Acercamiento al Derecho*, 4a. ed., Publicaciones Cultural, México, 2004, p.49.

⁸¹ Cfr., Cruz y Cruz, Elba, *Introducción al Derecho Penal*, IURE, México, 2010, p.2.

⁸² Ídem.

⁸³ Citado por Gamboa de Trejo, Ana, *Derecho Penal*, Oxford, México, 2010, p. 4.

Otros autores como Francisco Pavón Vasconcelos añaden a la definición de Derecho penal “el conjunto de normas jurídicas, de derecho público interno que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social.”⁸⁴ De igual manera lo menciona el penalista Celestino Porte Petit “por derecho penal debe entenderse el conjunto de normas jurídicas que prohíben determinadas conductas o hechos u ordenan ciertas acciones, bajo la amenaza de una sanción.”⁸⁵

Es importante señalar que el Derecho penal, además de ser el medio por el cual se regula la conducta de los individuos ante cualquier exceso en los límites concedidos de su libertad y derechos, también tiene la finalidad de salvaguardar bienes jurídicos esenciales para los individuos y la colectividad. Es decir, el poder público del que goza el Estado es manifestado en el Derecho penal, instrumento por el cual se determinan los delitos e imposición de las sanciones que corresponden, además, se protege de manera firme bienes jurídicos como la vida, la integridad corporal, la libertad, el patrimonio, entre otros; que son indispensables para preservar la estabilidad social.⁸⁶

Ya lo decía Orellana Wiarco en su definición de Derecho penal como “el conjunto de normas de derecho público que estudia los delitos, las penas y las medidas de seguridad aplicables a quienes realicen las conductas previstas como delitos, con el fin de proteger los bienes jurídicos fundamentales de la sociedad y de los individuos.”⁸⁷

Aunque las diversas definiciones de Derecho penal se centran en el mecanismo de orden formal, es decir, los procedimientos y condiciones de aplicación de las sanciones o castigo respecto al delito cometido por un individuo, para el presente trabajo se advierte que la idea teleológica del Derecho Penal (aquella que además alude a la salvaguarda de los bienes jurídicos) es la más amplia y, por lo tanto, sirve a la protección de la convivencia pacífica de los individuos en la sociedad.

⁸⁴ Citado por Cruz y Cruz, Elba, *op. cit.*, p. 2.

⁸⁵ *Idem.*

⁸⁶ Cfr., Osorio Nieto, César Augusto, *Síntesis de Derecho Penal. Parte general*, 4a. ed., Trillas, México, 2002, p. 24.

⁸⁷ Citado por Cruz y Cruz, Elba, *op. cit.*, p. 4.

2.1.1. Concepto jurídico de delito

Partiendo del origen en latín de la palabra delito, *delictum* es el “supino del verbo *delinqui, delinquere*, que significa desviarse, resbalar, abandonar, abandono de una ley.”⁸⁸ El diccionario de la lengua española, también define el vocablo delito como “culpa, quebrantamiento de la ley.”⁸⁹

Al considerar la definición del término delito, se comprende el vínculo entre éste y la materia penal, porque en ella se estudian las conductas de los individuos que jurídicamente son censurables o quebrantan la ley. A partir de esto, se puede entender una noción general del concepto de delito como “la infracción a la ley del Estado, promulgada para la seguridad de los ciudadanos, y como resultado del acto del hombre, positivo o negativo y moralmente imputable.”⁹⁰

Conforme a la doctrina, la concepción jurídica del delito es muy estricta, porque el delito es estudiado como un ente jurídico “[...] consiste jurídicamente en la violación de una norma jurídica penal, que con esta verdad podemos distinguir los Códigos Penales de las tiranías, de los Códigos Penales de la justicia,”⁹¹ así lo señaló el jurisconsulto y representante de la escuela clásica del Derecho penal italiano, Francisco Carrara. En el mismo sentido lo expresa el penalista Porte Petit al explicar que “el considerar al delito no como un simple hecho sino como un ente jurídico, es afirmar que para su existencia, se necesita que la conducta o hecho del agente activo viole una norma, ya sea prohibitiva, o preceptiva, es decir, que prohíba, o bien, mande hacer [...]”⁹²

Contrario a lo anterior, hay otro sector jurídico (escuela positiva) que concibe al delito como un fenómeno natural, ocasionado por el hombre. Así lo manifestó el jurista y criminólogo italiano Rafael Garófalo, al exponer el concepto de delito natural como “la violación de los sentimientos altruistas fundamentales de benevolencia o piedad y probidad o justicia en la medida media en que se encuentran en la sociedad civil por medio de acciones nocivas para la colectividad.”⁹³ Es decir, para su

⁸⁸ García Jiménez, Arturo, *Dogmática Penal en la legislación mexicana*, Porrúa, México, 2003, p.4.

⁸⁹ Diccionario de la Lengua Española, <https://dle.rae.es/delito?m=form> 22 de enero de 2022, 15:52.

⁹⁰ Ortíz Luna, Mario Alberto, *op. cit.*, p. 93.

⁹¹ García Jiménez, Arturo, *op. cit.*, p.5.

⁹² *Ibidem*, p. 6.

⁹³ *Ídem*.

comprensión es necesario cambiar el método de estudio, inclinarse por el análisis de los sentimientos, no por el de los actos.

No obstante, para el presente trabajo es importante precisar el concepto jurídico de delito como un hecho jurídico en sentido amplio, es decir, como un acontecimiento de la naturaleza o del hombre que produce consecuencias jurídicas y que las producen precisamente por realizarse el supuesto previsto en la norma jurídica. En este caso, la norma penal establece un supuesto y una consecuencia jurídica al determinar las conductas que son sancionables. Por lo tanto, ha de entenderse el concepto jurídico establecido por el Código Penal, mismo que, expresa las particularidades que deben cumplir las conductas calificadas como delito.

El Código Penal Federal, de manera genérica, menciona que “delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.”⁹⁴ Más específico es el Código Penal aplicable en la Ciudad de México en el artículo 1º, explica que “A nadie se le impondrá pena o medida de seguridad, sino por la realización de una acción u omisión expresamente prevista como delito en una ley vigente al tiempo de su realización, siempre y cuando concurren los presupuestos que para cada una de ellas señale la ley y la pena o la medida de seguridad se encuentren igualmente establecidas en ésta.”⁹⁵

Sin embargo, la definición jurídica de delito empleada en diversos Códigos locales alude a los elementos que lo conforman como lo es la conducta típica, antijurídica, culpable y punible, mismos que, se explicarán en el Capítulo IV.

2.2. Concepto de Integridad corporal

Desde el punto de vista gramatical, el diccionario de la lengua española define *integridad* como “cualidad de íntegro”⁹⁶ y por *íntegro* se define como “que no

⁹⁴ Artículo 7o. Código Penal Federal. <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=BHGcbWrG7ukiUiW/WEuu/ipc3NxyTuF7hBx/RnUQ0ZCUM08i+LosEAVDbBR91Da6> 25 de enero de 2022, 22:03.

⁹⁵ Artículo 1o. Código Penal para la Ciudad de México. <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=XIHGMGm0ff3DexUGxyTnSPpFGm2Co3Zli2C8TOeg1Zycfmm4pl3naa/DPVzsLMWY> 25 de enero de 2022, 15:34.

⁹⁶ Diccionario de la Lengua Española, *op. cit.*

carece de ninguna de sus partes.”⁹⁷ Si se adiciona además la cualidad de *corporal* se precisa que es “perteneiente o relativo al cuerpo, especialmente al humano.”⁹⁸

Considerando que el cuerpo humano en su aspecto físico hace referencia a la anatomía, al equilibrio funcional y fisiológico de los diferentes órganos, es posible precisar un concepto de integridad corporal como “la completa plenitud de la estructura físico-orgánica de cada individuo, es decir, a la sustancia corporal y a la funcionalidad de sus distintos componentes, sean miembros, órganos o tejidos o sólo parte de éstos.”⁹⁹

Generalmente, la integridad corporal (tal como lo indican los vocablos) refiere únicamente a la parte material que comprende los órganos y miembros del cuerpo humano; no obstante, dentro del concepto citado, queda comprendida además la funcionalidad de éstos aludiendo a la condición normal en el que funciona el organismo. Por lo tanto, sugerir que es la salud parte complementaria del concepto de integridad corporal, es una idea que interesa principalmente en el ámbito jurídico para determinar su protección.

Mencionar a la integridad corporal desde un punto meramente gramatical, resulta ser un concepto limitado para tutelar la integridad anatómica y funcional de los seres humanos. Por lo que al añadir el valor salud se considera también la funcionalidad orgánica.

Tal como lo menciona Flores Madrigal “ya no se trata entonces, de todo aquello a lo que no le falta ninguna de sus partes, sino de una *integridad individual* del sujeto, cuya ausencia ocasiona privaciones o deficiencias a su titular.”¹⁰⁰

2.2.1. El vínculo entre la integridad corporal y la salud

Anteriormente ya se ha puntualizado el concepto general de integridad corporal a partir de su gramática, por lo que es necesario precisar las bases del término salud y así comprender lo relevante de este último en la integridad somática.

⁹⁷ Ídem.

⁹⁸ Ídem.

⁹⁹ Flores Madrigal, Georgina Alicia, “El derecho a la protección de la vida e integridad física”, en Cienfuegos Salgado, David y Macías Vázquez, María Carmen (coords.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Protección de la persona y derechos fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p.163.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 162.

Para definir la salud en términos generales, el diccionario de la lengua española considera dentro de sus acepciones lo siguiente: “estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones.”¹⁰¹ Lo que indica una condición en el cuerpo humano carente de alteraciones en el normal funcionamiento del mismo; en otras palabras, y de manera concreta, se refiere a la ‘ausencia de enfermedad física y psíquica’.¹⁰²

Por su parte la Organización Mundial de la Salud (OMS) en el preámbulo de la Constitución, define el término salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades;”¹⁰³ lo anterior es adoptado por la Ley General de Salud en México.

Esta definición se basa en una expresión de deseo que difícilmente se alcanza en su totalidad, es decir, lo ubica bajo un estado ideal, toda vez que, se estudia como uno de los derechos fundamentales al que todo ser humano debería gozar.¹⁰⁴

En medicina legal, y contrario a lo mencionado por la OMS, el término salud como “estado de salud práctica se considera la normalidad orgánica y funcional del individuo, conforme a las apreciaciones subjetivas y objetivas de cada caso en particular, cuando se lo considera carente de valor o enfermedad, y dentro de condiciones exigibles de aptitud, capacidad laborativa y utilidad social.”¹⁰⁵

En el entorno jurídico es evidente la exigencia de un concepto en un sentido amplio para garantizar su debida tutela. Es por ello que algunos autores están de acuerdo en que el vocablo ‘salud’ no sólo debe versar en la normal funcionalidad de los órganos ausentes de afecciones, sino también, en el conjunto de los órganos y miembros del cuerpo humano. Apunta Flores Madrigal “lo que significa que incluimos dentro de tal protección a la salud y a la integridad corporal, en la medida en que al verse ésta agredida, supone una lesión a la salud.”¹⁰⁶

¹⁰¹ Diccionario de la Lengua Española, *op. cit.*

¹⁰² Cfr., Flores Madrigal, Georgina Alicia, *op. cit.*, p. 163.

¹⁰³ Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=yBr2tTSjXm7EvAg1ecUIvw3mokrHTIUXiGxXh3xA7PDDvOICI5WGdIeu8YmNGy2R> 23 de enero de 2022, 21:15.

¹⁰⁴ Cfr., Basile, Alejandro Antonio, *Lesiones (aspectos médico-legales)*, Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 136.

¹⁰⁵ Ídem.

¹⁰⁶ Flores Madrigal, Georgina Alicia, *op. cit.*, p. 164.

Al respecto, Jesús Martínez Ruiz, citado por Flores Madrigal, comenta que “existe un acuerdo generalizado en torno a que sea la salud, en cuanto, comprensiva de toda forma o modalidad de alteración del normal funcionamiento del cuerpo, bien, como consecuencia de la pérdida total, parcial o funcional de un órgano o miembro corporal, bien, a consecuencia de una enfermedad de carácter físico o psíquico.”¹⁰⁷

En el mismo sentido el autor español Santiago Brage Cendán señala que, el concepto de salud engloba tanto una ausencia de enfermedad como la alteración corporal; por tanto, “cualquier alteración del normal funcionamiento del cuerpo, ya sea por pérdida de sustancia corporal (integridad), ya por inutilización funcional de cualquier órgano o miembro (inutilidad), ya por enfermedad física o psíquica.”¹⁰⁸

Es importante advertir que en México algunos ordenamientos siguen la tendencia de concentrar ambos valores en la salud a manera de una concepción común, es decir, subsumiendo la estructura somática en la funcionalidad orgánica.¹⁰⁹ Coincidiendo con el autor Soto Lamadrid respecto a esta subsunción la cual opina es inútil, pues aunque el concepto de salud alude al funcionamiento orgánico, la integridad corporal tiene una connotación meramente anatómica, de tal manera que, se puede afectar tanto el cuerpo como la salud en conjunto o separadamente. Verbigracia, el corte en un miembro previamente paralizado puede no afectar a la salud, considerada como la actividad orgánica, pero no se negaría que se ha producido un daño en la estructura corporal.¹¹⁰

En conclusión, y de acuerdo con la idea que propone la distinción entre el concepto de integridad corporal y salud, se considera para el presente trabajo que, ante la necesidad jurídica de proteger al cuerpo humano en el sentido más amplio, es preciso reconocer la independencia de ambos valores y no subsumir uno en otro solo por tratarse de conceptos que funcionan sobre una misma entidad biológica. Más aún, se debe entender que son acepciones que coexisten en numerosas ocasiones, pero que atienden intereses distintos.

¹⁰⁷ Ídem.

¹⁰⁸ Citado por Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Lesiones que ponen en peligro la vida*, Astrea, Buenos Aires, 2008, p.12.

¹⁰⁹ Cfr., *Ibidem*, p. 9.

¹¹⁰ Cfr., *Ibidem*, pp. 22 y 23.

2.3. Definición de lesión en sentido médico y jurídico

Las lesiones son estudiadas desde una perspectiva médica y jurídica, ya que ambas ciencias complementan el valor que representa el bienestar de la integridad corporal y la salud en el individuo. De manera que, mientras la medicina se ocupa de analizar el medio o instrumento empleado y los signos fisiológicos para llevar a cabo la maniobra terapéutica, el Derecho por su parte clasifica la gravedad¹¹¹ de la lesión o sus consecuencias, y agravando la respectiva pena atendiendo a las características de la víctima o la intención de quien las ocasiona.¹¹²

A partir de la definición general que ofrece el diccionario de la lengua española, lesión se define como “daño o detrimento corporal causado por una herida, golpe o una enfermedad.”¹¹³ De la misma manera, el Diccionario de Derecho penal y criminología, apunta que lesión es el “daño, detrimento corporal, alteración morbosos orgánica o desequilibrio en la integridad, funcionamiento, estructura y vitalidad de los tejidos, causado por cualquier hecho o proceso violento.”¹¹⁴

Ambas definiciones coinciden en que la lesión es un daño o detrimento corporal; sin embargo, la segunda definición propone el término alteración, mismo que, alude a aquellas lesiones a la funcionalidad del organismo y las cuales corresponden al concepto de salud.

De acuerdo con el Diccionario Gran Biblioteca Océano, citado por Valdez Borroel, ‘dañar’ significa “causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia.”¹¹⁵

La palabra ‘daño’ considerada en el cuerpo humano “es comprensiva de toda situación anormal en que éste queda- en lo concerniente a su anatomía, integridad, correlación de órganos y tejidos- cuando se consuma la actividad criminal.”¹¹⁶ En el mismo sentido, Sebastián Soler menciona que “existe daño en el cuerpo toda vez

¹¹¹ El término “gravedad” será empleado en el presente trabajo conforme a la definición del Diccionario de la Lengua Española, el cual expresa lo siguiente: “1. F. Cualidad de grave. *Gravedad de un asunto, de una enfermedad*” Diccionario de la Lengua Española, *op. cit.*

¹¹² Cfr., *Ibidem*, p. 3.

¹¹³ Diccionario de la Lengua Española, <http://dle.rae.es/?id=NA5QOrA> 25 de enero de 2022, 22:45.

¹¹⁴ Goldstein, Raúl, *Diccionario de derecho penal y criminología*, 3a. ed., Astrea, Buenos Aires, 1993, pp. 639 y 640.

¹¹⁵ Valdez Borroel, Hugo Moisés, *Derecho Penal Mexicano*, Flores, México, 2014, p. 3.

¹¹⁶ Goldstein, Raúl, *op. cit.*, p. 640.

que se destruya la integridad del cuerpo o la arquitectura y correlación de los órganos y tejidos, ya sea ello aparente, externo o interno.”¹¹⁷

Por otra parte, el mismo diccionario citado por Valdez Borroel, define alterar como “cambiar la esencia o forma de una cosa. Perturbar, trastornar, inquietar, estropear, dañar, descomponer.”¹¹⁸

En el ámbito jurídico algunas conceptualizaciones de salud subsumen en él a la integridad corporal (como se mencionó anteriormente y del cual no estoy de acuerdo), y por ello suelen considerar el daño también en la salud para referir al correcto funcionamiento del organismo. Por lo tanto, el daño en la salud es “el desequilibrio fisiológico del organismo [...]”.¹¹⁹ O bien, como se ha de expresar, “esta forma de las lesiones se refiere más bien a la fisiología, al equilibrio funcional del organismo.”¹²⁰

De lo anterior ha de concluirse que lesión constituye un daño respecto al cuerpo humano y una alteración cuando se refiere a la salud.

2.3.1. Lesión en sentido médico

Delimitar el estudio de las lesiones en medicina es relevante para diferenciarlo con lo que interesa al Derecho. A la medicina le corresponde examinar cualquier alteración somática o funcional, sin importar si es resultado de un hecho natural o accidental, porque su prioridad no es indagar en la culpabilidad de quien la ocasiona, sino lograr la recuperación anatómica o funcional.¹²¹

En sentido estrictamente médico, menciona Basile que la lesión “es todo cambio patológico producido en un organismo sano.”¹²²

Asimismo, coinciden los argentinos Francisco Famá y José Patitó, que la lesión es “el producto de un traumatismo¹²³ la *secuela orgánica o cambio patológico*

¹¹⁷ Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, 4a. ed., Tea, t. III, Buenos Aires, 1992, p. 118.

¹¹⁸ Valdez Borroel, Hugo Moisés, *op. cit.*, p. 3.

¹¹⁹ Goldstein, Raúl, *op. cit.*, p. 640.

¹²⁰ Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 118.

¹²¹ Cfr., Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 3.

¹²² Basile, Alejandro Antonio, *op. cit.*, p. 29.

¹²³ Traumatismo del griego trauma, herida; es el equivalente a lesión. Menciona Basile que “es un efecto violento, agresivo y súbito, de un agente mecánico generalmente externo que obra sobre los órganos, sistemas o tejidos del cuerpo viviente, con intensidad suficiente para vulnerar su resistencia, dañando, o no, la integridad de los mismos.”

*producido en un organismo sano, como consecuencia de una noxa [daño o perjuicio].*¹²⁴

Los españoles especialistas en medicina legal Juan Antonio Gisbert Calabuig y Eduardo Murcia Saiz consideran que “desde el punto de vista médico hemos de entender por lesión toda alteración anatómica o funcional ocasionada por agentes externos o internos” y aclaran que “los agentes externos pueden ser mecánicos, físicos o químicos y determinan en la región en que se han aplicado la tracción, la dislocación y hasta la destrucción de los elementos anatómicos. A ellos deben añadirse los agentes biológicos (virus, bacterias y parásitos) y los psicológicos.”¹²⁵

Aun si las definiciones anteriores coinciden en que la lesión es la alteración o cambio en el estado sano del organismo; es la definición propuesta por los españoles la que se estima completa y específica (para esta investigación) al considerar la importancia acerca de la diferencia entre lesión a nivel anatómico y a nivel funcional, y como se explicó previamente, la integridad corporal y la salud son conceptos distintos pero que coexisten porque se manifiestan sobre un mismo ser humano.

Tomando en cuenta lo descrito, es congruente incluir los agentes y su clasificación por los cuales se puede menoscabar la integridad corporal y/o alterar la salud.

2.3.2 Lesión en sentido jurídico

En el ámbito jurídico se estudia el término lesión desde otra perspectiva. Como se refirió en párrafos pasados, al Derecho le interesa analizar y clasificar las lesiones ocasionadas a otro individuo, las características de quien lo ocasiona, su intencionalidad y, en general, las consecuencias que éstas le signifiquen a quien las padece. Todo ello estimando los principios que rigen al respecto en los numerados del Código Penal.¹²⁶

¹²⁴ Citado por Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 3.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 4.

¹²⁶ *Cfr.*, *Ibidem*, p. 5

La doctrina proporciona algunas definiciones de lesión. Jiménez Huerta, sostiene que lesión debe entenderse como “todo daño inferido a la persona, que deje huella material en el cuerpo o le produzca una alteración en su salud.”¹²⁷ En el mismo sentido González de la Vega apunta como lesión “cualquier daño exterior o interior, perceptible o no inmediatamente por los sentidos, en el cuerpo, en la salud o en la mente del hombre.”¹²⁸

No obstante, hay quienes comparten una definición de lesión más apegado a lo descrito por la norma penal, es decir, dentro de éstos se estiman elementos que jurídicamente determinan la constitución del delito de lesiones.

Ejemplo de lo anterior es la definición de lesiones personales señalada por Carrara, quien apunta que es “cualquier acto que ocasione en el cuerpo de otro algún daño físico, o alguna perturbación en su mente, con tal que al ejecutarlo no haya intención de dar muerte ni resultados letales; o mejor todavía, como cualquier daño injusto de la persona humana, que ni destruya su vida ni se dirija a destruirla.”¹²⁹ De la misma manera, lo expresa Vargas Alvarado al mencionar que las lesiones es “toda alteración anatómica o funcional que una persona cause a otra, sin ánimo de matarla, mediante el empleo de una fuerza exterior.”¹³⁰

Las lesiones en el aspecto jurídico (como se ha mencionado previamente), son reguladas desde el área penal, es por ello que tanto en el Código Penal Federal como en las distintas Entidades Federativas se contempla una definición de lesión, acorde a las necesidades que la misma norma exige para la consideración del delito de lesiones.

El Código Penal Federal en su numeral 288 indica que “Bajo el nombre de lesión, se comprende no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deja huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa.”¹³¹

¹²⁷ Citado por Palacios Vargas, Ramón, *Delitos contra la vida y la integridad corporal*, 3a. ed., Trillas, México, 1988, p. 102.

¹²⁸ Ídem.

¹²⁹ Citado por Valdez Borroel, Hugo Moisés, *op. cit.*, p. 2.

¹³⁰ Vargas Alvarado, Eduardo, *Medicina legal*, Trillas, México, 1996, p. 137.

¹³¹ Artículo 288. Código Penal Federal. *op. cit.*

Tendientes a seguir al modelo federal, algunos Códigos Penales como el de Baja California Sur, Aguascalientes, Colima y Zacatecas, son más precisos al determinar que la lesión consiste en alterar la salud o provocar un daño en el cuerpo humano o bien, que deje huella material.¹³² No obstante, ordenamientos como el Código Penal para la Ciudad de México, han optado por generalizar esta definición y advertir en su artículo 130 “Al que cause a otro un daño o alteración en su salud [...]”¹³³

Es por demás apuntar que el propósito en el delito de lesiones es proteger la integridad corporal y la salud, de manera conjunta o separada; sin embargo, sólo algunas legislaciones locales y el propio Código Penal Federal advierten la diferencia entre ambos vocablos en su descripción legal al mencionar la manera en que se lesiona a cada uno de ellos.

Por ende, esclarecer la definición jurídica de lesiones (que originalmente afecta al cuerpo humano) resulta relevante debido a que si únicamente se relaciona a la lesión corpórea u orgánica ésta no alcanzaría los efectos sobre sus funciones biológicas y, en consecuencia, aquellas lesiones que afectan la salud no serían sancionables por la norma penal.¹³⁴

2.4. Planteamiento de un concepto de lesiones antes del nacimiento: ‘lesiones al feto’

Para el presente trabajo se ha considerado que al plantear un concepto penal cuyo propósito sea describir las ‘lesiones al feto’, sería necesario citar en todo momento aquellos términos estudiados y establecidos por la medicina respecto al desarrollo gestacional del ser humano dado que dicha conceptualización no debe distar del conocimiento médico.

Precisar las fases del desarrollo embrionario del ser humano aceptados por la medicina es importante, para que en adelante se entienda y justifique el uso de la palabra ‘feto’ en sentido técnico, y el cual se considera es lo adecuado.

¹³² Cfr., Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 9.

¹³³ Artículo 130. Código Penal para la Ciudad de México. *op.cit.*

¹³⁴ Cfr., Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *op. cit.*, p.24.

En consecuencia, los vocablos empleados por la ciencia médica serán considerados en sentido estricto en el campo jurídico penal para esta investigación.

2.4.1. Los vocablos ‘embrión’ y ‘feto’ en sentido técnico

En la ciencia médica se han reconocido dos importantes periodos que experimenta el ser humano a lo largo de su desarrollo gestacional; el embrionario y el fetal. El periodo embrionario se estima a partir del momento de la fecundación, es decir, cuando existe la fusión entre el gameto masculino, espermatozoide y el gameto femenino, ovocito (dando lugar a la formación del huevo o cigoto), y hasta el término de la octava semana de desarrollo; se caracteriza porque da origen a distintos tejidos y sistemas orgánicos principales.¹³⁵ El periodo fetal, se extiende (continuando la anterior si se ha completado) desde el comienzo de la novena semana hasta el nacimiento; se caracteriza por el crecimiento del cuerpo y la maduración de los sistemas orgánicos.¹³⁶

Concluida la fecundación, generalmente los estadios se calculan a partir del embarazo, mismo que, inicia con la implantación o anidación del embrión o cigoto¹³⁷ en el endometrio¹³⁸ y finaliza con el parto (nacimiento), es decir, la expulsión total o extracción del feto de la cavidad uterina.¹³⁹

El embarazo consta entre 280 días o 40 semanas (correspondiente a lo que se conoce como edad gestacional, porque comienza con la fecha de la última menstruación hasta la consumación del nacimiento); o bien 266 días o 38 semanas (después de la fecundación hasta el nacimiento), siendo este último el cómputo más exacto.¹⁴⁰

¹³⁵Cfr., Sadler, T.W., *Langman. Embriología médica con orientación clínica*, 10a. ed., trad. José Luis Ferrán, Médica Panamericana, Buenos Aires, 2008, p. 60.

¹³⁶ Cfr., *Ibidem*, p. 123.

¹³⁷ Cfr., *Ibidem*, p. 62.

¹³⁸ El endometrio es la mucosa que conforma una de las tres capas que forman parte de la pared del útero. Cfr., *Ibidem*, p. 48.

¹³⁹ Cfr., *Ibidem*, p. 154.

¹⁴⁰ Cfr., *Ibidem*, p. 123.

2.4.2. Los vocablos ‘embrión’ y ‘feto’ en la norma jurídica

La Ley General de Salud en México en su artículo 314 fracción VIII y IX, define los términos embrión y feto; refiriéndose al primero como “al producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima semana gestacional;”¹⁴¹ mientras que por feto se comprende, “al producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno.”¹⁴²

La descripción que establece la norma administrativa coincide con el periodo correspondiente a cada etapa del desarrollo gestacional, (explicado en párrafos anteriores) pero es importante señalar la expresión que antepone a la definición: producto de la concepción.

Tradicionalmente en la norma jurídica penal para aludir al ser humano en gestación sin diferenciar etapas de desarrollo embrionario,¹⁴³ se emplean diversos términos o expresiones como producto, producto de la concepción, producto de la preñez, feto¹⁴⁴ o concebido.¹⁴⁵ No obstante, es conveniente esclarecer el significado de éstas para determinar el momento preciso en que adquiere valor jurídico.

Definido desde la gramática, el diccionario de la lengua española indica como ‘concepción’ la “Acción y efecto de concebir;”¹⁴⁶ y por ‘concebir’ se entiende “[...] empezar a tener un hijo en su útero.”¹⁴⁷

¹⁴¹ Artículo 314. Ley General de Salud. <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=yfVZCh0Izyksx2HBZO2TH966H6/8SZd562N+2A2evET2x0/JMjak02e2a/Juplak> 11 de enero de 2022, 15:16.

¹⁴² Ídem.

¹⁴³ Cfr., Castaño de Restrepo, María Patricia y Romeo Casabona, Carlos María, *Derecho, genoma humano y biotecnología*, Temis, colección Derecho médico-sanitario, Bogotá, 2004, p. 105.

¹⁴⁴ El Código Penal para el Estado de Tlaxcala es el único que admite en la descripción legal del delito de aborto la expresión “producto de la preñez” y “feto” para referir al ser humano en todas sus etapas de desarrollo embrionario. Véase al respecto, artículo 241, Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala. <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=CDMddE+Bke8KMN205Fd+CtbWe0rMpK mE/sCambe4HQLLzJpQWGYULUqod51iX1/12 de enero de 2022, 14:22.>

¹⁴⁵ El Código Civil Federal emplea la expresión ‘no nacido’ para referirse al concebido, el cual me parece erróneo. Tal como lo indica el Doctor en derecho Narvaéz Hernández, “[...] en realidad no es un no nacido porque esto supone una negación y las personas necesitan de afirmaciones jurídicas y confirmaciones legales.” Narvaéz Hernández, Ramón, *La persona en el Derecho Civil. Historia de un concepto jurídico*, Porrúa, México, 2005, p. 184.

Es por ello que, en el presente trabajo me refiero a quien está por nacer (sin distinción de etapas de desarrollo) como ser humano en gestación, concebido, producto de la concepción o *nasciturus*; mientras que, embrión y feto, son términos que considero deben ser utilizados sólo en sentido técnico, incluso si éstos son citados en la norma jurídica.

¹⁴⁶ Diccionario de la Lengua Española, <https://dle.rae.es/concepci%C3%B3n?m=form> 12 de enero de 2022, 21:04.

¹⁴⁷ Ídem.

Conforme al Diccionario médico-biológico, histórico y etimológico, la concepción (desde un aspecto fisiológico) es el “Comienzo del embarazo; abarca la fecundación del óvulo por un espermatozoide y el anidamiento o implantación del huevo en el útero.”¹⁴⁸

Al respecto, la Norma Oficial Mexicana (NOM-007-SSA2-2016) Para la atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, y de la persona recién nacida; también define el término producto de la concepción y refiere “al embrión post-implantatorio o feto, de acuerdo con la etapa del embarazo.”¹⁴⁹

En consecuencia, debe entenderse que la expresión ‘producto de la concepción’ adquiere valor jurídico a partir de la implantación del embrión en el endometrio, o bien, la anidación del huevo o cigoto en el útero; proceso por el cual se dice ha iniciado el estado de embarazo o gestación que concluirá con el nacimiento; éste último se define en la NOM-007-SSA2-2016 como “a la expulsión completa o extracción del organismo materno del producto de la concepción. Término empleado tanto para nacidos vivos o defunciones fetales”.¹⁵⁰ De la misma manera en la Ley General de Salud se expone que:

Se entenderá por nacido vivo, al producto de la concepción expulsado o extraído de forma completa del cuerpo de su madre, independientemente de la duración del embarazo, que después de dicha separación respire o dé cualquier otra señal de vida como frecuencia cardíaca, pulsaciones de cordón umbilical o movimientos efectivos de los músculos de contracción voluntaria, tanto si se ha cortado o no el cordón umbilical y esté o no desprendida la placenta.¹⁵¹

Pese a que la norma penal sostiene de manera expresa la denominación ‘producto de la concepción’ para referir al ser humano en cualquier etapa de

¹⁴⁸ Universidad de Salamanca, *Diccionario médico-biológico*, Ediciones Universidad de Salamanca, <https://dicciomed.usal.es/palabra/concepcion> 22 de marzo de 2022, 20:08.

¹⁴⁹ Punto 3.37. NOM-007-SSA2-2016, Para la atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, y de la persona recién nacida. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5432289&fecha=07/04/2016 12 de enero de 2022, 22:35.

¹⁵⁰ Punto 3.24. NOM-007-SSA2-2016, Para la atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, y de la persona recién nacida. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5432289&fecha=07/04/2016 22 de enero de 2022, 22:40.

¹⁵¹ Artículo 389 BIS. Ley General de Salud, *op.cit.*

desarrollo gestacional, existen motivos para reconocer los vocablos ‘embrión’ y ‘feto’ en sentido técnico dentro de la legislación en la materia, como parte de la seguridad jurídica.

Basta con admitir que, en algunas Entidades Federativas como consecuencia de las recientes modificaciones al delito de aborto, se ha incluido parte del proceso de la reproducción humana en la descripción legal del mismo, hecho por el cual, se invocan términos que deben considerarse en el sentido más estricto.

Tal es el caso del Código Penal para la Ciudad de México, mismo que define el inicio del embarazo como “[...] la implantación del embrión en el endometrio.”¹⁵² En el mismo sentido, el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca, Código Penal para el Estado de Baja California, Código Penal para el Estado de Hidalgo, Código Penal para el Estado de Sinaloa y el Código Penal para el Estado de Campeche, todos ellos emplean la misma definición que la señalada para la Ciudad de México, exceptuando al Código Penal aplicable en el Estado de Campeche, mismo que precisa el comienzo del embarazo como “[...] la implantación en el endometrio del óvulo fecundado y el momento del parto;”¹⁵³

No obstante, dicha interpretación estricta de los términos en el ámbito penal tiene un mayor antecedente en delitos materia de inhumaciones y exhumaciones, debido a que la expresión ‘feto humano’ (empleado en la descripción legal de estos delitos) no se encuentra definido en la norma penal, por lo que, conforme a lo establecido por la tesis aislada en la materia, se debe considerar el concepto dispuesto por la Ley General de Salud:

FETO. EN EL DELITO CONTRA LAS NORMAS DE INHUMACIÓN Y CONTRA EL RESPETO A LOS CADÁVERES O RESTOS HUMANOS, ANTE LA FALTA DE DEFINICIÓN DE ESE CONCEPTO EN EL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE CHIHUAHUA, PARA DETERMINAR SU ACTUALIZACIÓN, EL JUZGADOR DEBE REMITIRSE AL ARTÍCULO

¹⁵² Artículo 144. Código Penal para la Ciudad de México. *op. cit.*

¹⁵³ Artículo 155. Código Penal del Estado de Campeche. <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=8PNijF0XLLo0JQS04occp7v3hMrSGIXR VwjP/D23BDpzCo50frK0KkgVcWU7+Qe> 22 de mayo de 2021, 22:10.

314, FRACCIÓN IX, DE LA LEY GENERAL DE SALUD. Para determinar la actualización del delito contra las normas de inhumación y contra el respeto a los cadáveres o restos humanos, previsto en el artículo 202, fracción I, del Código Penal del Estado de Chihuahua, que sanciona a quien "oculte, destruya o sepulse un cadáver, feto o restos humanos, sin la orden de la autoridad que deba darla o sin los requisitos que exijan el Código Civil o las leyes especiales", el juzgador requiere elucidar las características propias del vocablo "feto", que constituye un elemento típico de valoración jurídica, por lo que, ante la ausencia de una definición por parte del Código Penal del Estado, en principio, debe acudir a un criterio objetivo plasmado en el marco normativo aplicable y no a uno subjetivo o discrecional apoyado en apreciaciones personales o doctrinales. Por tanto, debe remitirse a la Ley General de Salud, reglamentaria del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aplicable en toda la República, de conformidad con el artículo 1o. de la propia ley, que en su diverso artículo 314, fracción IX, dispone que se entiende por feto "al producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno."¹⁵⁴

Es por tanto que se considera aceptable el sentido técnico de los vocablos 'embrión' y 'feto' en la norma penal, manifestarlo de manera expresa no contraviene la concepción jurídica que tradicionalmente se acepta para aludir a quien está por nacer; pues ha quedado de manifiesto que al no existir una definición dentro de la materia, se atiende a lo dispuesto en el marco normativo aplicable.

¹⁵⁴ Tesis: VII.1o., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIX, Mayo de 2009, p. 1055. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/167252> 23 de mayo de 2022, 21:50.

2.4.3. Concepto de 'lesiones al feto': propuesta

Al inicio de este capítulo se consideró por su relevancia en el tema la definición de lesión (en sentido médico y jurídico) y de feto (conforme al periodo de desarrollo gestacional) con la finalidad de plantear un concepto acerca de las 'lesiones al feto.'

Retomando lo señalado en párrafos anteriores respecto a la integridad corporal y la salud, se estima que ambas definiciones merecen ser reconocidas de manera individual, pues se puede afectar la integridad corporal y la salud en conjunto o separadamente. Por lo tanto, la integridad corporal corresponde a la anatomía del ser humano, mientras que la salud refiere a la funcionalidad de los órganos que forman parte de él.

Respecto al vocablo 'feto' en sentido técnico, éste se atribuye a la fase de desarrollo gestacional que comienza con la decimotercera semana de gestación¹⁵⁵ hasta el nacimiento, por lo que, las lesiones ocasionadas durante ese periodo se deberán considerar como fetales.

En consecuencia, el concepto de 'lesiones al feto' como propuesta se describiría de la siguiente manera: el daño en la integridad corporal o alteración en la salud del producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno.

¹⁵⁵ Véase *infra*, p. 84-88

CAPÍTULO III

MARCO NORMATIVO DE LA PROTECCIÓN DEL SER HUMANO ANTES DEL NACIMIENTO

3.1. Protección jurídica en México para el ser humano antes de nacer

En México diversos ordenamientos jurídicos han considerado la protección del ser humano desde antes del nacimiento, no sólo salvaguardando su vida como lo hace el Código Penal, sino también los derechos patrimoniales (condicionados al nacimiento vivo y viable)¹⁵⁶ establecidos por los Códigos Civiles correspondientes a las distintas Entidades Federativas.

Aunado a lo anterior, algunas Entidades Federativas han integrado de manera expresa en su Constitución Política la protección jurídica del ser humano desde la fecundación, tal es el caso de Durango, Jalisco, Querétaro, Sonora, Tamaulipas, Yucatán; o bien, desde la concepción como Puebla, Quintana Roo, Guanajuato, Morelos, San Luis Potosí, Baja California, Coahuila, Aguascalientes, Nuevo León, Chiapas y Chihuahua.

¹⁵⁶ La Ley General de Salud en el numeral 389 BIS, establece que por nacido vivo se entenderá “[...] al producto de la concepción expulsado o extraído de forma completa del cuerpo de su madre, independientemente de la duración del embarazo, que después de dicha separación respire o dé cualquier otra señal de vida como frecuencia cardiaca, pulsaciones de cordón umbilical o movimientos efectivos de los músculos de contracción voluntaria, tanto si se ha cortado o no el cordón umbilical y esté o no desprendida la placenta.” Artículo 389 BIS. Ley General de Salud, *op.cit.*

Aunado a lo anterior, jurídicamente se establece en los Códigos Civiles correspondientes a las diversas Entidades Federativas, para que el *nasciturus* adquiera derechos respecto a donaciones o sucesiones, es imprescindible que esté vivo y sea viable. De acuerdo con el diccionario de la lengua Española, la palabra “viable” significa “que puede vivir”. Diccionario de la Lengua Española, <https://dle.rae.es/viable#biZYVX4> 17 de abril de 2022, 16:31. No obstante, la gran mayoría de los Códigos Civiles locales no definen el término ‘viable’, sino refieren al nacimiento para efectos legales.

El Código Civil para la Ciudad de México (tal como lo especifica la mayoría de los Códigos locales) remiten el significado de la viabilidad del ser humano con el nacimiento, es decir, para entender qué es viable en términos jurídicos, se desprende la siguiente redacción: “[...] al que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil [...]”. Artículo 337. Código Civil para la Ciudad de México, *op. cit.* Al respecto, la reforma al Código Civil para la Ciudad de México) publicada el 25 de mayo del año 2000 en la Gaceta Oficial, modificó el término ‘feto’ por ‘nacido’ en el numeral 337.

Únicamente, el Código Civil del Estado de Jalisco define el término ‘viable’ en el numeral 469, conforme a la Ley General de Salud, “Para los efectos legales, sólo se reputa viable la persona nacida viva una vez comprobado el hecho, al haber sido expulsada o extraída de forma completa del cuerpo de su madre, independientemente de la duración del embarazo, que después de dicha separación respire o dé cualquier otra señal de vida, conforme a lo establecido en la Ley General de Salud, y que consta en certificado de nacimiento expedido por profesional de la medicina o persona autorizada para ello por la autoridad sanitaria competente; o es presentada viva al Ministerio Público, Registro Civil o la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes”. Artículo 469. Código Civil del Estado de Jalisco. <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=IoyqDofbFLGDAD4UXA/aINJepYwnmsDgLxrv5AT2Z9mbqcWSX3afUrsZyaLGdXzW> 09 de mayo de 2022, 18:52.

Otros preceptos constitucionales aluden a la protección de la salud desde antes del nacimiento, es el caso de la Constitución Política Federal y de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nayarit.

3.1.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Es de advertir que nuestra Constitución General no establece de manera expresa que el ser humano se encuentra bajo la protección jurídica desde la concepción o fecundación (como lo han manifestado diversas Constituciones locales ya mencionadas); ello no significa que se carezca del amparo de la misma desde antes de nacer.

El derecho a la vida se reconoce, protege y garantiza a los seres humanos. Aunque sólo en algunas Entidades Federativas este derecho se ha establecido constitucionalmente desde antes del nacimiento, existen argumentos para determinar que la Carta Magna salvaguarda el derecho a la vida y salud del producto de la concepción.

3.1.1.1. La protección a la vida

Anteriormente la Constitución Política Federal disponía en el párrafo segundo del artículo 14 lo siguiente: “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.”¹⁵⁷ Bajo la advertencia que nadie debía ser privado de la vida si no fuere mediante sentencia judicial, se expresaba el deber de todas las personas a respetar este derecho, por lo que, ni los gobernantes quedaban excluidos de esta obligación.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Texto original del 05 de febrero de 1917. Artículo 14. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/cpeum/documento/2017-03/CPEUM-014.pdf> 05 de mayo de 2022, 22:15.

¹⁵⁸ Cfr., Adame Goddard, Jorge, “La reforma del Código Penal del Distrito Federal que autoriza el aborto del menor de doce semanas”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XL, núm. 120, septiembre-diciembre de 2007, p. 708.

Posteriormente, el 9 de diciembre del año 2005 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la reforma al artículo 22, misma que, elimina la pena de muerte considerada en su redacción y, paralelamente, excluye el término 'vida' del numeral 14.¹⁵⁹

En adelante, el texto se comprende de la siguiente manera: "Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho."¹⁶⁰

Ante esta modificación a los preceptos constitucionales relativos al derecho a la vida, diversos argumentos se generaron posterior al 26 de abril de 2007, fecha en la que se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal la reforma al Código Penal y a la Ley de Salud (ambas para el Distrito Federal hoy Ciudad de México) que permiten por decisión unilateral de la madre, la interrupción del embarazo antes de las doce semanas de gestación¹⁶¹ la cual en el año 2008 propició el análisis y determinación por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para considerar que estas reformas eran conforme a lo establecido por la Ley Suprema.¹⁶²

En aquella sentencia emitida por el máximo Tribunal Constitucional, se expresaron argumentos respecto al derecho a la vida en el contenido de la Constitución mexicana. Como ya se mencionó, la Carta Magna no expresa literalmente su protección desde la reforma al artículo 14; no obstante, quienes opinaron en contra de la interrupción del embarazo antes de las doce semanas, sostuvieron que era la ausencia de mención a la vida la que tutelaba precisamente este derecho, y dicha eliminación era consecuencia de la prohibición de la pena de muerte en nuestro país; de manera que, es posible considerar su protección implícita.¹⁶³

¹⁵⁹ Cfr., *Ibidem*, p. 709.

¹⁶⁰ Texto vigente del 09 de diciembre de 2005. Artículo 14. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/cpeum/documento/2017-03/CPEUM-014.pdf> 03 de junio de 2022, 2218.

¹⁶¹ Cfr., Adame Goddard, Jorge, *op. cit.*, p. 694.

¹⁶² Cfr., Adame Goddard, Jorge, "Análisis de la sentencia que declara constitucional a la ley del Distrito Federal, que permite a la madre dar muerte al concebido menor de doce semanas", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLII, núm. 125, mayo- agosto de 2009, p. 1107.

¹⁶³ Cfr., *Ibidem*, p. 1108.

De acuerdo con este último señalamiento, al admitir que la Constitución General considera otros derechos como el de la salud, supone que, debe existir un ser humano vivo; por tanto, es reconocer que existe en su contenido el derecho a la vida implícitamente.¹⁶⁴

En el mismo sentido, el Doctor Adame Goddard expresa que “sería absurdo interpretar que por la eliminación de la palabra ‘vida’ en el artículo 14, la Constitución mexicana dejó de proteger el derecho a la vida, máxime que el objetivo de la reforma que dio lugar a tal supresión era aumentar la protección a la vida humana, de modo que ni siquiera por sentencia judicial se privara de ella.”¹⁶⁵

No obstante, la Suprema Corte (apoyada en el texto que justifica la reforma a los artículos 14 y 22 constitucionales) estimó que, tal prohibición a la pena de muerte era derivado de las obligaciones en Derecho internacional respecto al tema de derechos humanos, y no porque se pretendiera dar un valor absoluto al derecho a la vida, de lo contrario, se hubiera manifestado de manera expresa y no dejarlo a especulaciones. En conclusión, el Alto Tribunal determinó en dicha sentencia, que el derecho a la vida no está expreso ni implícito en el contenido de la Constitución mexicana.¹⁶⁶

Cabe señalar, con antelación a las reformas constitucionales mencionadas, la Suprema Corte emitió las tesis jurisprudenciales 13/2002 y 14/2002 relativas al derecho a la vida. La primera, dicta que este derecho se encuentra protegido por la Constitución Federal; mientras que la segunda, considera la protección del derecho a la vida del producto de la concepción, y de acuerdo con el texto, “deriva tanto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como de los tratados internacionales y las leyes federales y locales.”¹⁶⁷

Si bien, este alto tribunal puede variar las tesis de jurisprudencia (de acuerdo con lo que menciona Adame Goddard) también lo es que, debe justificar tal hecho y evitar incongruencias en sus propias determinaciones.¹⁶⁸

¹⁶⁴ Cfr., *Ibidem*, p. 1113.

¹⁶⁵ Adame Goddard, Jorge, “La reforma del...”, *cit.*, p. 709.

¹⁶⁶ Cfr., Adame Goddard, Jorge, “Análisis de la sentencia...”, *cit.*, pp. 1108 y 1109.

¹⁶⁷ Jurisprudencia 14/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XV, febrero de 2002, p. 588. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/187817> 06 de junio de 2022, 23:34.

¹⁶⁸ Cfr., Adame Goddard, Jorge, “Análisis de la sentencia...”, *cit.*, p.1116.

Aun si la Suprema Corte consideró en aquella sentencia que la interrupción del embarazo antes de las doce semanas de gestación no resulta contrario a lo establecido por la Constitución Federal,¹⁶⁹ no significa que las Constituciones locales que han reformado su contenido y protegido jurídicamente al ser humano desde antes de nacer, sean contrarias a la Ley Suprema, para ello, tendría que demostrarse que la Constitución general rechaza la protección jurídica del ser humano desde la fecundación o concepción; o bien, que su protección comienza a partir de otro momento.¹⁷⁰

3.1.1.2. La protección a la salud del producto de la concepción

Reconocer la tutela a la vida del ser humano desde la concepción en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es un tema a discusión, como se mencionó en el punto anterior, no hay texto en concreto que así lo defina. Contrario a esta situación, la protección a la salud del producto de la concepción sí es contemplada y expresada en el precepto constitucional que corresponde a los derechos laborales.

En el artículo 123 Constitucional, el cual pertenece al Título Sexto denominado 'Del trabajo y de la previsión social', se establecen (además de las obligaciones para el patrón) disposiciones específicas que procuran la vida y salud de las mujeres embarazadas y del producto de la concepción. La protección a la salud de las gestantes durante el trabajo está señalada en el apartado "A" fracción V y el apartado "B" fracción XI inciso c), los cuales advierten que, "las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación [...]"¹⁷¹ De la misma manera, la Constitución Federal especifica la tutela a la salud del producto de la concepción, por lo que, de manera expresa en el apartado "A" fracción XV señala lo siguiente:

¹⁶⁹ La determinación en dicho análisis sobre la constitucionalidad de las reformas al Código Penal y a la Ley de Salud para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) que las declara conforme a la Constitución, emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sólo tiene efecto sobre dichas reformas y no reconoce al aborto como un derecho constitucional. Cfr., *Ibidem*, p. 1125.

¹⁷⁰ Cfr., *Ibidem*, p. 1127.

¹⁷¹ Artículo 123. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*

XV.- El patrón estará obligado a observar, de acuerdo con la naturaleza de su negociación, los preceptos legales sobre higiene y seguridad en las instalaciones de su establecimiento, y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir accidentes en el uso de las máquinas, instrumentos y materiales de trabajo, así como a organizar de tal manera éste, que resulte la mayor garantía para la salud y la vida de los trabajadores, y del producto de la concepción, cuando se trate de mujeres embarazadas. Las leyes contendrán, al efecto, las sanciones procedentes en cada caso.¹⁷²

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, manifestó en la sentencia referida en el punto anterior (la cual declaraba la constitucionalidad de la reforma al Código Penal y a la Ley de Salud para el Distrito Federal hoy Ciudad de México) que:

Lo único que podemos encontrar en la Constitución de manera expresa son previsiones constitucionales que de manera positiva establecen obligaciones para el Estado de promocionar y hacer normativamente efectivos derechos relacionados con la vida, por ejemplo el artículo 4o... que contiene previsiones relacionadas con la salud... y el artículo 123 que contiene disposiciones específicas para el cuidado de las mujeres en estado de embarazo y parto.¹⁷³

En otras palabras, lo que el Alto Tribunal estimó es que la Carta Magna sólo dispone 'previsiones' en su contenido, las cuales obligan al Estado a promover y a hacer efectivo todo derecho que esté relacionado con la vida (asumiendo que ya se tiene esa condición) como lo es el derecho a la salud y las medidas encaminadas a procurar el cuidado de las mujeres durante el embarazo y el parto;¹⁷⁴ sin que ello signifique a la vida y salud del producto de la concepción (este último como el caso

¹⁷² Ídem.

¹⁷³ Citado por Adame Goddard, Jorge, "Análisis de la sentencia...", *cit.*, p.1119.

¹⁷⁴ Ídem.

que atañe) tenga una protección normativa específica por medio de mandato o prohibición que así exija la Ley Suprema al Estado.¹⁷⁵

Contrario a lo anterior, el citado autor Adame Goddard explica que, admitir como lo único que establece la Constitución General son “obligaciones para el Estado de promocionar y hacer normativamente efectivos derechos relacionados con la vida”, sería entonces contravenir con el deber que tiene éste con la vida de los seres humanos; más aún, con la vida y salud del producto de la concepción, tal como lo establece el precepto constitucional, todos aquellos ordenamientos jurídicos que autorizan la interrupción del embarazo antes de la décima segunda semana de gestación.¹⁷⁶

Aunado al párrafo anterior, en la exposición de motivos de dicha reforma, la protección de la salud no sólo se limita a la mujer en estado de gravidez bajo la situación laboral, sino que, se procura que ésta se extienda al concebido, “no sólo velar por su salud propia, sino también por la del futuro hijo quien, de esta manera, desde antes de su nacimiento goza de la protección del derecho y del Estado;”¹⁷⁷ así lo declaró la Cámara de Senadores en el dictamen que aprobó la reforma.

3.1.2. Ley Federal del Trabajo

De acuerdo con lo establecido en la Ley Federal del Trabajo en los numerales 166 y 167 correspondientes al Título Quinto designado al ‘Trabajo de las mujeres’, la vida y salud de la mujer y del producto de la concepción son protegidos mediante especificaciones que prohíben a las mujeres gestantes laborar bajo determinadas condiciones, sin que ello signifique perjuicio en sus derechos laborales.

Artículo 166.- Cuando se ponga en peligro la salud de la mujer, o la del producto, ya sea durante el estado de gestación o el de lactancia y sin que sufra en su salario, prestaciones y derechos, no se podrá utilizar su trabajo en labores insalubres o peligrosas, trabajo nocturno industrial, en

¹⁷⁵ Cfr., *Ibidem*, p. 1107.

¹⁷⁶ Cfr., *Ibidem*, p. 1119.

¹⁷⁷ Citado por Adame Goddard, Jorge, “La reforma del...”, *cit.*, p. 711.

establecimientos comerciales o de servicio después de las diez de la noche, así como en horas extraordinarias.¹⁷⁸

Artículo 167.- Para los efectos de este título, son labores peligrosas o insalubres las que, por la naturaleza del trabajo, por las condiciones físicas, químicas y biológicas del medio en que se presta, o por la composición de la materia prima que se utilice, son capaces de actuar sobre la vida y la salud física y mental de la mujer en estado de gestación, o del producto [...].¹⁷⁹

Es importante indicar que los artículos citados han incluido de manera expresa la protección del producto de la concepción, debido a que en ellos se evita poner en peligro tanto la vida como la salud del mismo, y no se limita a los derechos laborales de las mujeres gestantes, los cuales son especificados en los numerales 168 y 170 de la misma ley.

3.1.3. Ley General de Salud

De conformidad con el artículo 4o de la Constitución Federal, el cual señala el derecho a la salud de toda persona, es la Ley General de Salud que reglamenta este derecho, además de establecer las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud,¹⁸⁰ estima parte de la prestación de los servicios a la atención médica materno-infantil. De acuerdo con el numeral 61 de esta Ley “[...] abarca el período que va del embarazo, parto, post-parto y puerperio, en razón de la condición de vulnerabilidad en que se encuentra la mujer y el producto.”¹⁸¹ Es decir, la

¹⁷⁸ Artículo 166. Ley Federal del Trabajo. <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=VzNC+MslnhhlDEEjByD59U/0mBQXeS9J3f/Y257APfeyf849CkeLxslCnVG0C/0> 02 de junio de 2022, 21:45.

¹⁷⁹ Artículo 167. Ley Federal del Trabajo, *op. cit.*

¹⁸⁰ En México no se cuenta aún con una norma aplicable a las denominadas ‘técnicas de reproducción asistida’, es decir, aquellos procedimientos que unen a la célula germinal masculina (espermatozoide) y a la célula germinal femenina (óvulo) por un medio distinto a la relación sexual natural; tal es el caso de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*. Véase al respecto, Escobar Fornos, Iván, “Derecho a la reproducción humana (inseminación y fecundación *in vitro*)”, Cuestiones Constitucionales, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm.16, enero-junio de 2007, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5790/7633> No obstante, corresponde a la Ley General de Salud los fundamentos para su regulación, pues en ella se establece el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y células.

¹⁸¹ Artículo 61. Ley General de Salud, *op. cit.*

atención médica se brinda no sólo a la persona en estado de gravidez, sino también al producto de la concepción, tal consideración permite el adecuado desarrollo del ser humano desde antes de nacer y, por tanto, el mejoramiento en su calidad de vida.¹⁸²

Cabe indicar que la intención de esta Ley es proteger la salud del ser humano en desarrollo gestacional y se manifiesta específicamente en el artículo 326 fracción II respecto al tema de donación de órganos, el cual, señala lo siguiente: “el expreso otorgado por una mujer embarazada sólo será admisible si el receptor estuviere en peligro de muerte, y siempre que no implique riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción.”¹⁸³ De manera que, el consentimiento de la mujer embarazada ante esta situación no es suficiente, sino que es primordial evitar realizar cualquier práctica que ponga en peligro la salud del producto de la concepción.

3.1.4. Código Civil Federal

En el contenido del Código Civil Federal se establecen diversas disposiciones que regulan los distintos vínculos jurídicos entre los individuos, así como, las determinantes relacionadas con su patrimonio. Respecto a este último aspecto, es importante señalar que además de la protección jurídica que reconoce dicho ordenamiento al concebido, también se le reconoce la posibilidad de adquirir bienes por donación o herencia.

En el Libro Primero titulado ‘De las personas’, el artículo 22 señala que: “La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código”.¹⁸⁴ Es decir, al *nasciturus* aun cuando no le es reconocida la capacidad jurídica como persona, sí le son concedidos derechos patrimoniales,

¹⁸² Cfr., Brena Sesma, Ingrid, *El derecho y la salud. Temas a reflexionar*, UNAM, México, 2004, p. 104.

¹⁸³ Artículo 326. Ley General de Salud, *op. cit.*

¹⁸⁴ Artículo 22. Código Civil Federal.
<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=BHGcbWrg7ukiUiW/WEuu/vBe4AYiw+dMBV7FIWJ4jPSDJk6opmQb+D0fxtXNFD9d> 05 de junio de 2022, 22:45.

mismos que, se encuentran en ‘espera’ de que se cumpla la condición del nacimiento y la viabilidad del individuo, establecida por la ley para hacerlos efectivos. Al respecto, el artículo 337 correspondiente al Título Séptimo denominado ‘De la paternidad y filiación’ establece que: “para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil”.¹⁸⁵¹⁸⁶

Los numerales 1314 y 1315 reconocen al concebido la capacidad para heredar (siempre que éste sea viable)¹⁸⁷. Asimismo, los artículos 1377 y 1638 hacen referencia específicamente al concebido y su relación con los bienes y sucesiones.

Respecto a las personas que pueden recibir donaciones, el Código Civil es muy claro al expresar en el contenido del numeral 2357 que “los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquélla se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337.”¹⁸⁸

3.1.5. Código Penal Federal

Privar de la vida a una persona es considerado un delito dentro del Código Penal Federal, el cual se encuentra sancionado bajo el título de ‘Homicidio’. Si bien, este delito no es aplicable para salvaguardar la vida del producto de la concepción, sí lo es el delito de aborto. Paralelamente al delito de homicidio, el delito de aborto protege la vida del que ha de nacer.

El artículo 329 define al aborto como “la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.”¹⁸⁹ No obstante, existen excepciones que excluyen de responsabilidad a la mujer o a quien practique el aborto, pero únicamente en los casos establecidos en este Código.

¹⁸⁵ Artículo 337, *Ibidem*.

¹⁸⁶ Es importante mencionar que el Código Civil para la Ciudad de México mediante la reforma publicada el 25 de mayo del año 2000 en la Gaceta Oficial modificó el término ‘feto’ por ‘nacido’ en el numeral 337, mismo que considero acertado, en virtud de que el término ‘feto’ (en sentido estricto) se emplea para aludir al ser humano en gestación a partir del segundo trimestre y hasta la separación total del cuerpo materno, por lo que si se refiere al feto como aquél nacido vivo (al estar finalizado el estadio fetal) lo correcto es que éste deba reconocerse como persona física jurídica. Véase al respecto punto 2.4.

¹⁸⁷ Véase al respecto Nota 156.

¹⁸⁸ Artículo 2357, *op. cit.*

¹⁸⁹ Artículo 329. Código Penal Federal.
<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=BHGCbWrg7ukiUiW/WEuu/ipc3NxyTuF7hBx/RnUQ0ZCUm08i+LosEAVDbBR91Da6> *op. cit.*

Es importante señalar que esta conducta sancionable también se encuentra descrita en cada uno de los Códigos Penales correspondientes a las Entidades Federativas, con la salvedad de estados como Oaxaca, Baja California, Colima, Nayarit, Sinaloa, Hidalgo, Campeche, Veracruz¹⁹⁰ y la Ciudad de México, mismos que consideran el delito de aborto únicamente como la interrupción del embarazo, contrario a lo establecido por la legislación Federal.¹⁹¹

3.1.6. Constituciones y Códigos locales

Al inicio de este Capítulo se mencionaron algunas Entidades Federativas que establecen en su Constitución la protección del ser humano desde la fecundación o la concepción.¹⁹²

Estados como Durango, Jalisco, Sonora, Yucatán, Querétaro, Nayarit y Tamaulipas expresan en sus respectivas normas fundamentales, en el marco de los Derechos Humanos, el reconocimiento, protección y garantía del derecho a la vida de todo ser humano, así como, la protección jurídica desde el momento de la fecundación; con excepción de las dos últimas Entidades, las cuales añaden las excusas absolutorias previstas en la legislación penal.

Asimismo, las Constituciones que corresponden a los Estados de Puebla, Quintana Roo, Guanajuato, Morelos, San Luis Potosí, Baja California, Coahuila, Aguascalientes, Nuevo León, Veracruz, Chiapas y Chihuahua, salvaguardan la vida humana a partir de la concepción, cabe destacar, en el caso de Coahuila y Puebla esta tutela es parte del reconocimiento que hace el Estado a la familia y, en el primero de ellos, obedece al derecho que tienen los menores de ser amparados desde su concepción.

¹⁹⁰ A partir del 20 de julio de 2021 el artículo 152 del Código Penal aplicable en el Estado de Veracruz fue derogado, en él se sancionaban las lesiones causadas al producto de la concepción que perjudicaban su sano desarrollo. Actualmente sólo establece las sanciones correspondientes al delito de aborto.

¹⁹¹ En relación con la descripción legal del delito de aborto que establece el Código Penal Federal, Jorge Goddard opina que al definir el aborto como la muerte del producto de la concepción, se considera a la vida como el bien jurídico protegido; sin embargo, definirlo como la 'interrupción del embarazo' (tal como se menciona actualmente en los Códigos Penales aplicables para el Estado de Oaxaca, Baja California, Colima, Nayarit, Sinaloa, Hidalgo, Campeche, Veracruz y la Ciudad de México) carecería de sentido creer que es la continuidad del embarazo el bien jurídico tutelado. Cfr., Adame Goddard, Jorge, "La reforma del...", *cit.*, p. 697.

¹⁹² Es importante retomar la diferencia entre los términos fecundación y concepción, aun cuando ambos aluden al periodo que antecede al nacimiento, ya que en el primero de los casos, contempla la fusión entre el gameto masculino, espermatozoide y el gameto femenino, ovocito (dando lugar a la formación del huevo o cigoto); mientras el segundo, abarca la fecundación y el anidamiento o implantación del huevo en el útero.

En el contenido Constitucional del Estado de San Luis Potosí, se reconoce la vida humana como la base de todos los derechos del ser humano, por lo que, la protege desde su concepción. Cabe señalar, la Constitución de Colima consideraba en la redacción del artículo 2o el derecho a la vida desde el momento de la concepción, no obstante, en su última reforma con fecha 24 de noviembre de 2021¹⁹³ el texto se modificó, de tal manera que el Estado protegerá y garantizará el derecho a la vida en condiciones de dignidad.

Aun cuando, las normas fundamentales correspondientes a las Entidades Federativas mencionadas reconocen y garantizan la vida del ser humano desde antes de nacer, el Estado de Guanajuato hace efectivo este derecho a todas las personas, de manera que, admite esta condición a todo ser humano desde su concepción hasta su muerte natural.¹⁹⁴

Importa mencionar, en el ordenamiento Constitucional para el Estado de Nayarit, además de proteger el derecho a la vida desde la fecundación (ya sea natural o artificial) reconoce la protección a la salud del producto de la concepción como parte de los derechos sociales, y lo enuncia en el artículo 7o fracción XIII, número 2, de la siguiente manera: “Toda mujer y su producto tienen derecho a la atención médica gratuita durante el periodo de embarazo y el parto.”¹⁹⁵ De manera que, al emplear la expresión ‘tienen derecho’ es evidente que estima el amparo a la salud del que está por nacer.

Por último, las Constituciones locales correspondientes Entidades como Oaxaca, Baja California Sur, Colima, Campeche, Ciudad de México, Guerrero, Hidalgo, México, Michoacán, Sinaloa, Tabasco, Tlaxcala y Zacatecas, establecen el reconocimiento del derecho a la vida únicamente bajo la calidad de ‘persona’, es decir, el individuo, jurídicamente nacido vivo y viable.

¹⁹³ Cfr., Artículo 2o. Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Colima. <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=jH6QLtI9Ee0Bh7li0fC77JnZQKQaGA1D9Kf0+IStijIhdmb/wH+65U8Qw49Zlc> 27 de abril de 2022, 18:55.

¹⁹⁴ Cfr., Artículo 1o. Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Guanajuato. <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=VVhKjmhCYz0ufl+8glULIB7mQw31eYEHdqG1dNVlcd6O4gcMFF9RQtx1LJ9o5V9A> 27 de abril de 2022, 19:15.

¹⁹⁵ Artículo 7o. Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nayarit. <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=iNe8TcPpMMO/ASvajxKkt1v8gef6LrTKlK/VKs6AwT2f6x7kZwPzjKDhKTG/l/L> 27 de abril de 2022, 21:43.

3.1.6.1. Código Civil para la Ciudad de México

Conforme lo descrito en el artículo 22 del Código Civil para la Ciudad de México, el cual cito a continuación: “[...] desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.”¹⁹⁶ De la misma manera que en el orden Federal, al *nasciturus* le son reconocidos derechos patrimoniales, mismos que están condicionados al nacimiento vivo y viable¹⁹⁷, como lo indica el numeral 337: “Para los efectos legales, sólo se tendrá por nacido al que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil. Faltando algunas de estas circunstancias, no se podrá interponer demanda sobre la paternidad o maternidad.”¹⁹⁸

En este Código y en el Federal, el concebido puede adquirir bienes mediante herencia o donaciones establecidos en los artículos 1314 y 2357 respectivamente.

3.1.6.2. Código Penal para la Ciudad de México.

La vida del ser humano en gestación es tutelada en el ámbito penal mediante el delito de aborto¹⁹⁹ mencionado ya en el orden Federal. En el antiguo Código Penal para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) se describía el delito de aborto como “la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo,”²⁰⁰ sin embargo, fue hasta el 26 de abril del año 2007 cuando se publicó en la Gaceta

¹⁹⁶ Artículo 22. Código Civil para la Ciudad de México. <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=XiHGMGm0tf3DexUGxyTnSPNaKmT09ddgqMrV1/G/bLuUSJCLMODC7ziDECdbFmvy> 04 de mayo de 2022, 22:02.

¹⁹⁷ Véase al respecto Nota 156.

¹⁹⁸ Artículo 337. Código Civil para la Ciudad de México, *op. cit.*

¹⁹⁹ Los delitos contra la libertad reproductiva como la procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética establecidos en el Código Penal para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México), no protegen bajo ninguna circunstancia al producto de la concepción. Considerando que este último se contempla iniciada la implantación del embrión en el endometrio y finalizado con el nacimiento, los delitos que apuntan únicamente a procedimientos de reproducción asistida se realizan a partir de células germinales (espermatozoide y óvulo) cuyo objetivo es fusionarlas ya sea dentro del seno materno o fuera de él. En cuanto a la manipulación genética, es “la intervención sobre caracteres naturales del patrimonio genético de un organismo.” Además de comprenderse en las técnicas de ingeniería genética. Tales métodos, conllevan la manipulación de genes humanos que altera el genotipo, o bien, la información genética que posee un individuo contenida en el ADN. De manera que, el delito de manipulación genética se refiere únicamente a aquellos métodos usados en genes humanos o en otras técnicas de ingeniería genética, como la clonación. Véase al respecto, Brena Sesma, Ingrid, *op. cit.* p. 149.

En conclusión, estos delitos sancionan conductas practicadas sin el consentimiento de los individuos, o aquellas con fines distintos a la procreación humana. Por lo que, no se salvaguarda ni la vida ni la integridad corporal del producto de la concepción, sino la libertad reproductiva del titular del bien jurídico.

²⁰⁰ Citado por Adame Goddard, Jorge, “La reforma del...”, *cit.*, p. 696.

Oficial del Distrito Federal (hoy Ciudad de México) el decreto por el que se reformaban los artículos 144 a 147 del actual Código, los cuales corresponden a dicho delito.²⁰¹

Dicha reforma destaca por la definición del delito de aborto, la cual se señala como “la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación.”²⁰² A su vez, precisa al embarazo como “[...] parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio.”²⁰³

El cambio en la descripción legal del delito de aborto permite que se interrumpa el embarazo de manera voluntaria en el periodo establecido por la norma penal, sin que ello constituya un delito. Practicar el aborto en el tiempo determinado por esta norma o bajo alguna de las excluyentes de responsabilidad establecidas en el artículo 148 (esto quiere decir, que se autoriza el aborto cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial, un grave peligro para la mujer embarazada, alteraciones congénitas o genéticas en el producto y, que sea resultado de una conducta culposa de la grávida) no significa que la norma deje de proteger la vida del producto de la concepción, porque la conducta se sanciona de no encontrarse en ninguno de los anteriores casos, o bien, cuando la gestante no consienta la interrupción del embarazo, incluso si ésta se practica antes de la semana doce de gestación, así lo advierte el numeral 146 al especificar el aborto forzado como: “[...] la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada.”²⁰⁴

Es importante destacar que además de la reforma a los artículos del Código Penal correspondientes al delito de aborto, la Ley de Salud de la Ciudad de México, paralelamente, tuvo modificaciones como lo indica actualmente en su contenido, de tal manera que es prioritaria la atención a la salud sexual, reproductiva y de planificación familiar.²⁰⁵ Tales reformas obedecen al derecho a la protección de la

²⁰¹ Cfr., *Ibíd.*, p. 694.

²⁰² Artículo 144. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

²⁰³ *Ídem.*

²⁰⁴ Artículo 146. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

²⁰⁵ Artículo 67. Ley de Salud de la Ciudad de México.

<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=Zjujyqyrt96VrJeY7Tvcvh+ZfTVI7rg6JV5mNF0U7eYCKRhFW8l8rH/DptDabDkB> 11 de mayo de 2022, 22:43.

salud,²⁰⁶ así como, al ejercicio del derecho a decidir libre, responsable e informadamente sobre el número y espaciamiento de los hijos, ambos derechos consagrados en el artículo 4o de la Constitución Federal. Es decir, los cambios en el Código Penal relativos al aborto que conllevan modificaciones en la Ley de Salud, salvaguardan los derechos de las mujeres para decidir libremente respecto a su cuerpo, salud o su vida.²⁰⁷

3.1.6.3. Código Penal para el Estado de Zacatecas

El Código Penal para el Estado de Zacatecas hace mención en el artículo 310 correspondiente al delito de aborto, lo siguiente: “Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. Sólo se sancionará el aborto consumado; pero cuando la tentativa produzca lesiones, éstas se perseguirán en todo caso.”²⁰⁸ Lo que indica que, las lesiones resultantes de un aborto no consumado se sancionan como lesiones y no como tentativa de aborto. Por lo tanto, se puede considerar que la norma penal tutela la salud e integridad corporal del producto de la concepción, aunque esta protección derive del intento errado de un aborto.

Cabe mencionar, en ambas legislaciones penales la descripción legal que señala la sanción para quien cause lesiones al producto de la concepción se ubica en el apartado que protege la vida antes del nacimiento; por ende, estos Códigos reconocen, además de la protección a la vida, la tutela a la salud e integridad desde antes de nacer.

²⁰⁶ El derecho a la salud de la persona se establece en el artículo 4o de la Carta Magna, en él se incluye a la mujer en estado de gravidez que voluntariamente decide interrumpir el embarazo. Por ello, la reforma al Código Penal para la Ciudad de México que despenaliza antes de las doce semanas de gestación la interrupción del embarazo, modifica a su vez la Ley de Salud, con la finalidad de brindar seguridad, higiene y cuidados por parte de profesionales y personal capacitado, a las mujeres que lo soliciten. Anterior a la reforma, los abortos clandestinos registraron un alto índice de muertes en México debido a la falta de atención médica eficiente y oportuna, lo que en consecuencia se consideró un problema de salud pública. Cfr., Carpizo, Jorge y Valadés, Diego, *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2008, p. 24.

²⁰⁷ Cfr., Adame Goddard, Jorge, “Análisis de la sentencia...”, *cit.*, p.1121.

²⁰⁸ Artículo 310. Código Penal para el Estado de Zacatecas. <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=DoCO7z6Du2Mrh7oxD/3ymdPPq3xiPjZk7JqRNL1S0WClagJXQaAO3mxHDoBVUO4> 17 de mayo de 2022, 12:51.

3.1.6.4. Código Penal de Coahuila de Zaragoza

En el numeral 206 del Código Penal de Coahuila de Zaragoza, se describe y sanciona las denominadas 'lesiones al concebido'. Cabe destacar que, actualmente este es el único Código Penal que de manera independiente sanciona el delito de lesiones al producto o al concebido, es decir, reconocen de manera expresa el daño o alteración en la integridad corporal o salud del ser humano que aún no ha nacido.

El numeral antes mencionado es parte del contenido en el Capítulo I referente al delito de lesiones (a diferencia del Estado de Zacatecas, cuya descripción legal de las lesiones al producto de la concepción, forma parte del Capítulo designado al delito de aborto); no obstante, las 'lesiones al concebido' detallan el daño a la integridad corporal o la alteración a la salud que perjudique gravemente su normal desarrollo, siendo esto último lo que permite comprender que es el ser humano en proceso de gestación a quien se protege y no las lesiones a la persona embarazada que alcanzan al producto de la concepción, tal como lo establece la legislación penal correspondiente al Estado de Jalisco y México (se analizarán más adelante).

En el Código Penal aplicable en el Estado de Coahuila, las lesiones al concebido son descritas de la siguiente manera:

Se impondrá de seis a trece años de prisión y multa, a quien, durante el embarazo, dolosamente cause al concebido una lesión que le provoque una afectación corporal o cerebral significativas de por vida, o bien, durante el embarazo cause dolosamente al concebido una enfermedad incurable.

Para los efectos de este artículo, se consideran como significativas, las afectaciones corporales o cerebrales originadas por una lesión, si con motivo de ésta el concebido nace con una deformidad corporal permanentemente notable, o con una disfunción orgánica permanente; o con daños cerebrales o deficiencias o mentales de por vida.

Si el delito se comete por un profesional de la salud en su desempeño, o bien participa en el mismo o determina a otra persona a cometerlo, además de las penas señaladas en el párrafo primero de este artículo, se le suspenderá de dos a cuatro años en el ejercicio de su profesión, conforme a las reglas previstas para tal efecto en la parte general de este código.²⁰⁹

La misma disposición impone sanción distinta a la mencionada, tratándose de una conducta imprudente, tal como lo se cita a continuación:

Si el hecho descrito en el párrafo primero del apartado A de este artículo, se realiza culposamente por persona distinta a la embarazada, se impondrá al agente de una cuarta parte del mínimo a una cuarta parte del máximo de las penas señaladas en el citado párrafo primero, o bien de quinientos a mil días multa.

Si el hecho descrito en el párrafo primero del apartado A de este artículo, se realiza culposamente por un profesional de la salud, se le impondrán las mismas penas del párrafo precedente y, además, suspensión de seis meses a dos años en el ejercicio de su profesión, conforme a las reglas previstas para tal efecto en la parte general de este código.

La mujer embarazada no será penada por su conducta culposa respecto a las lesiones que origine durante el embarazo a quien haya concebido.²¹⁰

Aunque la legislación penal para el Estado de Zacatecas así como el Estado de Coahuila denoten interés en salvaguardar la integridad corporal y salud antes de nacer, son evidentes las diferencias en cada una de las descripciones legales, así como la ubicación de estas en el contenido penal. De tal manera que, es importante

²⁰⁹ Artículo 206. Código Penal de Coahuila de Zaragoza. <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=HyhCeKoVXreNENmIWqWmGbpvema8PcxNTFzsHK7q0q9r9sxMz7JNIGdJjLAV2F23> 17 de mayo de 2022, 13:10.

²¹⁰ Idem.

considerar otros aspectos que contribuyan a la tutela penal de estos bienes jurídicos y brindar seguridad jurídica al ser humano desde la etapa más temprana de su desarrollo.

3.1.6.5. Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco y Código Penal del Estado de México

En materia penal tal como lo establecen los Códigos Penales de cada una de las Entidades Federativas, el aborto es el delito que considera una sanción a quien ocasione la muerte del concebido, salvo los Códigos que rigen los Estados de Oaxaca, Baja California, Colima, Nayarit, Campeche, Hidalgo, Sinaloa, Veracruz y Ciudad de México, los cuales describen el delito de aborto como la interrupción del embarazo. Es decir, su vida es la que se encuentra salvaguardada con independencia de la vida o salud de la persona gestante.

Sin embargo, el Código Penal correspondiente al Estado de Jalisco dispone en el Capítulo II denominado 'lesiones', aquéllas lesiones producidas a una mujer embarazada que alcanzan al producto de la concepción.

El numeral 207 que impone una sanción a las lesiones que no ponen en peligro la vida de las personas, es específico respecto a la protección de la integridad física y salud del ser humano en gestación, porque ampara individualmente las lesiones ocasionadas a la persona en estado de gravidez de aquellas ocasionadas al producto de la concepción, tal como se advierte en la fracción VI: "De dos a cinco años de prisión, cuando las lesiones fueren producidas a una mujer embarazada causándole alteración en la salud o integridad física al producto de la concepción."²¹¹

En la misma tesitura, el Código Penal del Estado de México en el artículo 240 inciso b) relativo al delito de lesiones, señala lo siguiente: "[...] b) Cuando las lesiones se produzcan de forma dolosa a una mujer embarazada; en este caso, cuando haya una lesión al producto, la pena a que se refiere el artículo 237 de este

²¹¹ Artículo 207. Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=IoyqDofbFLGDAD4UXA/alMgsxGpsz/1EDaCCoOOCUrF2Oox6ZTISEqV5hKEJEaW5> 15 de mayo de 2022, 23:10.

Código se incrementará hasta en dos tercios, sin perjuicio de las demás agravantes a que se refiere este artículo.”²¹²

Es importante diferenciar la tutela penal consagrada en los Códigos Penales aplicables en el Estado de Zacatecas y Coahuila, de la protección establecida por las legislaciones penales del Estado de México y Jalisco. Mientras en las primeras, las lesiones al producto de la concepción son descritas de manera independiente a las ocasionadas a la mujer embarazada; en las segundas, se especifica lo contrario, al puntualizar una sanción cuando las lesiones ocasionadas a la mujer embarazada alcanzan al producto de la concepción.

Aun con esta diferencia, es claro que la intención del legislador es proteger la integridad corporal y salud del ser humano en proceso de gestación, incluso se establece la descripción penal de manera autónoma como lo es en el delito de aborto del homicidio.²¹³

3.2. Instrumentos jurídicos internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por México que protegen la vida antes del nacimiento.

El Estado Mexicano es parte de diversos tratados internacionales²¹⁴ en los que se reconocen derechos inherentes a todos los seres humanos sin distinción

²¹² Artículo 240. Código Penal del Estado de México. <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=V95NcogKxHpUN4bFbjWt9jLU+Yuztf7YD2VFgy9YvXMaHEXM+Jluq1rnSJvr5FM> 15 de mayo de 2022, 22:33.

²¹³ Es menester señalar que el reconocimiento y tutela penal a la salud del producto de la concepción no sólo se encuentra descrita en delitos como aborto o lesiones, también ha sido parte en la protección de otros bienes jurídicos, tal es el caso de la legislación penal del Estado de Guerrero y Aguascalientes. El Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Guerrero en el numeral 169 BIS correspondiente a los delitos de peligro para la vida o la salud de las personas, y el cual comprende el delito de abandono injustificado de mujer embarazada, sanciona “[...] a quien, a pesar de que este cuente a su disposición de recursos materiales para su subsistencia, abandone a una mujer a la que sabe ha embarazado, si ésta carece de los recursos necesarios para atender a su alimentación, habitación y salud.” Y enseguida advierte: “Pudiéndose incrementar un tercio de las sanciones especificadas en el párrafo anterior, cuando derivado del abandono resultare con lesiones o se haya puesto en riesgo la salud de la mujer embarazada o en riesgo la salud del producto concebido.” Artículo 169 BIS. Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Guerrero. <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=pwUhdNvCSySjs8D73SRJEE0/x0T1R43Pqg2/e23Zer16VVL3sDBe9Fjgg2HrJ/pT> 17 de mayo de 2022, 20:47. Por otro lado, el Código Penal para el Estado de Aguascalientes, adicionó el 11 de junio de 2018 al artículo 158, el apartado correspondiente a la responsabilidad médica asistencial, y puntualiza la pena conveniente para quienes laboran en hospitales y centros de salud, y se nieguen o restrinjan el acceso a una mujer embarazada, en especial, si hay riesgo de afectación a su salud o integridad física de la misma, así como del producto de la concepción. Cfr., Artículo 158. Código Penal para el Estado de Aguascalientes. <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=CDMddE+Bke8KMN205Fd+Cvqc+cHSEZdz7cbldrXFf0iBI2ado+H8+CeBUXb/ty8> 17 de mayo de 2022, 21:09.

²¹⁴ Es decir, México al aceptar ser parte, se obliga a cumplir con las disposiciones establecidas por los mismos y, de esa manera, evita incurrir en responsabilidad internacional.

alguna.²¹⁵ Ejemplo de lo anterior es el derecho a la vida, establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,²¹⁶ la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo estos dos últimos los únicos que amplían la protección jurídica antes del nacimiento.

3.2.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”

El 7 de mayo de 1981 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la Convención Americana sobre Derechos Humanos firmada en la Ciudad de San José, Costa Rica. En este acuerdo internacional, se establece la obligación de los Estados Parte a respetar los derechos y libertades de las personas, reconocidos en la Convención, sin distinción alguna. Cabe destacar, en el punto 2 correspondiente al primer artículo se detalla que “para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”²¹⁷

En el artículo 4o el punto 1 menciona el derecho que tiene toda persona a que se respete su vida y puntualiza “[...] estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.”²¹⁸ Esto último destaca porque derivado de las ‘declaraciones interpretativas’²¹⁹ suscritas por el Estado mexicano al ratificar la Convención Americana, se establece que la expresión ‘en general’ empleado en este punto, “no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida a partir del momento de la concepción, ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.”²²⁰

²¹⁵ Cabe destacar que, instrumentos jurídicos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, no son obligatorios.

²¹⁶ Es importante mencionar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado y ratificado por México el 23 de marzo de 1981, establece en el artículo 6.1 el derecho a la vida como inherente a la persona humana; por lo que, el término ‘persona’ adquiere la connotación que jurídicamente se impone a quienes cumplen con la condición de nacidos. Por lo tanto, considero que este acuerdo internacional, no extiende protección a quienes están por nacer.

²¹⁷ Artículo 1o. Convención Americana sobre Derechos Humanos. <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=zmlkJ/89AXJJKRY4OR4AdIPQZfCqTe6jJaFF3zcsXfBQoOjvpuD2W+RcZ//NrR3j> 17 de mayo de 2022, 22:27.

²¹⁸ Artículo 4o. Convención Americana sobre Derechos Humanos, *op. cit.*

²¹⁹ “Una declaración interpretativa es una aclaración que hace un Estado Parte de un tratado internacional, sobre el sentido o alcance de los términos en los que queda obligado por el instrumento internacional. Las declaraciones interpretativas no eximen del cumplimiento de la obligación contenida en el artículo sujeto a la declaración, solamente tienen la intención de aclarar el alcance o sentido del mismo.” Véase al respecto, Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE) A.C., 2012, *Derechos humanos de las mujeres y protección de la vida prenatal en México*, nota 60. https://gire.org.mx/wp-content/uploads/2016/07/DH_mujeres_vidaprenatal.pdf

²²⁰ Declaraciones interpretativas. Convención Americana sobre Derechos Humanos, *op. cit.*

Es decir, el objetivo de enunciar tal expresión (en general) es que se respeten las causales de aborto no penalizado en determinada región, y así evitar conflictos entre la obligación del Estado de salvaguardar la vida del que ha de nacer y, la interrupción del embarazo legalizada (que algunos países consideran en su normativa penal) cuya finalidad es la de proteger los derechos de las mujeres. Por tanto, México no está obligado a “adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida a partir del momento de la concepción” porque tal como se advierte en la declaración interpretativa, “[...] esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.”²²¹

3.2.2. Convención sobre los Derechos del Niño

El 21 de septiembre de 1990, México ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en la Ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América el 20 de noviembre de 1989.

Como Estado Parte, México se comprometió a cumplir el conjunto de disposiciones determinadas por esta Convención, que velan por los derechos de los niños, niñas y adolescentes en sus distintos aspectos como el social, cultural, civil y económico.

Retomado por el Preámbulo de la Convención, se citan algunos de los instrumentos jurídicos internacionales que reconocen protección especial a los menores. Tal es el caso de la Declaración de los Derechos del Niño²²² misma que señala, “[...] el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.”²²³

Conforme a lo anterior, en el contenido de la Convención y para efectos de la misma, se define al ‘niño’ como “[...] todo ser humano menor de dieciocho años

²²¹ Ídem.

²²² La Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, es un instrumento jurídico internacional que antecede a la Convención de los Derechos del Niño, esta última de carácter obligatorio para los Estados Partes. Pese a que esta Declaración no es obligatoria, sí tiene el propósito de orientar a los países a promocionar el respeto a los derechos de los infantes.

²²³ Preámbulo. Declaración de los derechos del Niño. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2007.pdf> 17 de mayo de 2022, 23:05.

de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”²²⁴ Es importante citar dicha descripción, porque en ella la figura de ‘niño’ se considera a partir de la expresión ‘ser humano’ y no de persona, lo que quiere decir que la condición del nacimiento no es exigible para contemplar bajo su resguardo al concebido, aunado a lo mencionado en la Declaración de los Derechos del Niño (retomado por la Convención) respecto a la protección jurídica que merece antes y después del nacimiento.

En consecuencia, el ser humano en gestación es parte de la protección jurídica reconocida y garantizada a los seres humanos menores de dieciocho años, por lo que, tal salvaguarda lo sitúa bajo el término establecido como ‘niño’.

3.2.3. Consideraciones especiales respecto al alcance de la protección de la vida prenatal en los instrumentos jurídicos internacionales: Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, es de obligada referencia para dilucidar temas relacionados con los derechos reproductivos de las mujeres y la protección de la vida prenatal.

La sentencia del 15 de marzo de 2000 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, determinó que el decreto del 3 de febrero de 1995 emitido por el Ministerio de Salud que autorizaba la técnica de reproducción asistida, fecundación *in vitro*, era inconstitucional porque violaba el derecho a la vida, puesto que, se consideró que una persona lo es desde el momento de la concepción y, por ende, debe protegerse por el ordenamiento jurídico. Aunado a lo anterior, se valoró el derecho a la vida como un derecho humano, de manera que,

²²⁴ Artículo 1o. Convención sobre los Derechos del Niño. <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=b/EcoMjefuFeB6DOaNOimMz7kdKtJ2IsJNHZL0CmbhmA4eqYITkhn9OLZEEE9GIN> 17 de mayo de 2022, 23:22.

éste debe respetarse tanto para las personas nacidas como para las que están por nacer.²²⁵

La Corte Suprema de Costa Rica apoyó su argumento al retomar los instrumentos jurídicos internacionales en los que se reconoce el derecho a la vida, es el caso de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos²²⁶, este último es el principal instrumento jurídico en el que se interpreta la redacción del punto 4.1.

Recapitulando lo señalado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos respecto al derecho a la vida, ésta afirma lo siguiente, “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.”²²⁷ Lo antes citado fue empleado como el primordial argumento en la interpretación de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en el que manifestó lo siguiente:

Este instrumento internacional da un paso decisivo, pues tutela el derecho a la vida a partir del momento de la concepción, además se prohíbe tajantemente imponer la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, lo que constituye una protección directa y, por ende, un reconocimiento pleno de la personalidad jurídica y real del no nacido y de sus derechos.²²⁸

La anterior interpretación también vulneró los derechos humanos de dieciocho personas quienes consideraron afectados sus derechos a la vida privada y familiar, el derecho a la integridad personal, la sexualidad y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, y el principio

²²⁵ Cfr., Ramos Duarte, Rebeca Antonia, “La protección de la vida prenatal en México de conformidad con la jurisprudencia interamericana: *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*”, en Capdevielle, Pauline y Medina Arellano, María de Jesús (coords.), *Bioética laica. Vida, muerte, género, reproducción y familia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, p. 307.

²²⁶ Véase *supra*, pp.58 y 59.

²²⁷ Artículo 4o. Convención Americana sobre Derechos Humanos, *op. cit.*

²²⁸ Citado por Ramos Duarte, Rebeca Antonia, *op. cit.* p.307

de no discriminación, toda vez que la Sentencia de la Sala Constitucional significó a partir del año 2000 la prohibición de la fecundación *in vitro*, lo que obligó a estas personas a interrumpir el tratamiento.

En consecuencia, las dieciocho personas afectadas presentaron su caso ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), mismo que fue analizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el Estado costarricense expuso entre sus alegatos, la libre interpretación acerca del comienzo de la vida humana debido a que no hay acuerdo sobre el estatuto jurídico del embrión ni sobre el inicio de la vida.²²⁹

Derivado de la interpretación realizada por el Estado costarricense en cada uno de los instrumentos jurídicos antes mencionados, éste señaló que es obligación de los Estados proteger la vida desde la etapa más temprana del ser humano, y por ello en Costa Rica se reconocía el comienzo de la vida humana con la unión del óvulo y el espermatozoide. Al respecto, es importante mencionar que en la redacción del punto 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se alude al momento de la concepción y no de la fecundación, por lo que la interpretación del Estado no advierte sobre el significado de los términos concepción, fecundación y fertilización.²³⁰

No obstante, la Corte Interamericana como intérprete última de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con relación al derecho a la vida, se apoyó de diversos métodos interpretativos para esclarecer el alcance de lo manifestado en el punto 4.1., empleando para ello la interpretación conforme al sentido corriente de los términos, la interpretación sistemática y la interpretación evolutiva.

1. Interpretación conforme al sentido corriente de los términos. La Corte Interamericana determinó necesario definir el término 'concepción', para lo cual se auxilió de dos lecturas en el contexto científico. La primera, lo considera como la unión entre óvulo y espermatozoide y, en consecuencia, forma el cigoto (organismo

²²⁹ Cfr., *Ibidem* p. 308.

²³⁰ *Idem*.

humano que posteriormente será el ser humano en su primera etapa de desarrollo, es decir, el embrión). La segunda, menciona que por ‘concepción’ se debe comprender a partir del momento en el que el cigoto se implanta en el útero, puesto que inicia el vínculo con el cuerpo de la mujer a fin de desarrollarse.

Al respecto, la Corte Interamericana consideró importante el momento en el que se redactó la Convención Americana de Derechos Humanos, porque en ella se empleó la definición expresada por la Real Academia Española, y en la cual se menciona que: “concepción: acción y efecto de concebir”, “concebir: quedar preñada la hembra”, en tanto, “fecundar: unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser.” Por consiguiente, la Corte Interamericana destacó la diferencia que tienen los términos concepción y fecundación, y precisó que el punto 4.1. de la Convención Americana hace referencia al término ‘concepción’.²³¹

2. Interpretación sistemática. Para esta interpretación, la Corte Interamericana estimó que el sentido de la norma debía analizarse en conjunto con el sistema al cual pertenece, es decir, desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es por ello que estudió el punto 4.1. de la Convención Americana, bajo la misma postura que el sistema interamericano, universal, europeo y africano en materia de derechos humanos.

Conforme al sistema interamericano de derechos humanos, y previo al análisis de los acuerdos preparatorios a la firma de la Declaración Americana y la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana estableció lo siguiente: “Por tanto, la Corte concluye que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión.”²³²

Aunado a lo anterior, negó que la expresión ‘toda persona’ comprenda al embrión como titular de derechos, puesto que la concepción es un proceso que

²³¹ Citado por Ramos Duarte, Rebeca Antonia, p.310.

²³² Ídem.

ocurre dentro del cuerpo de la mujer embarazada, por ende, es la mujer embarazada en quien recae dicha protección jurídica.

Respecto al sistema universal, la Corte Interamericana revisó los instrumentos jurídicos internacionales citados en los argumentos del Estado costarricense, a fin de determinar si en éstos se manifestaba la protección absoluta del derecho a la vida desde la concepción; sus conclusiones, cito a continuación:

- a) Declaración Universal de Derechos Humanos. Excluye a los no nacidos de los derechos reconocidos en ella, dada la utilización expresa del término “nacen.”
- b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Al no nacido no se le considera como persona ni se le debe otorgar el mismo nivel de protección que a las personas nacidas; ello se desprende de los trabajos preparatorios y de la interpretación del Comité de Derechos Humanos del derecho a la vida, en la Observación general 17; por el contrario, ha señalado que el derecho a la vida de las mujeres se viola cuando las leyes que restringen el aborto las obliga a recurrir a abortos inseguros.
- c) Convención sobre los Derechos del Niño. La única referencia que existe sobre la protección antes del nacimiento se encuentra en el preámbulo; sin embargo, los Estados parte acordaron que éste no sería tomado en cuenta para efectos de interpretar la definición de niño. En este sentido, el Comité de Derechos del Niño no ha emitido observación alguna que establezca el derecho a la vida prenatal.²³³

3. Interpretación evolutiva. La Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que la interpretación evolutiva obedece a que los Tratados en materia de Derechos Humanos deben actualizarse conforme al tiempo y condiciones de vida. Hoy en día, ya no es válido determinar la vida por encima de otros derechos, ejemplo de lo anterior, la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a las acciones de inconstitucionalidad en contra de la despenalización del aborto en

²³³ Ídem.

la Ciudad de México, y en la que se determinó que la vida no es más valiosa que cualquiera de los otros derechos, refiriéndose a los derechos reproductivos para las mujeres. Es por ello que no es factible el reconocimiento absoluto a la protección de la vida, porque impediría la existencia de otros derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²³⁴

Considerando los métodos interpretativos aplicados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se estableció como jurisprudencia lo siguiente:

- a) Por concepción deberá entenderse el proceso de implantación; es decir, cuando el óvulo fecundado se adhiere a la pared del endometrio.
- b) El feto no puede ser considerado como persona.
- c) La protección de la vida prenatal es gradual e incremental.
- d) Sólo a través del ejercicio de los derechos de las mujeres puede darse la protección de la vida prenatal.²³⁵

Cabe destacar, la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana es de obligatoriedad para el Estado Mexicano, dado que, es vinculante para los órganos jurisdiccionales del país al ser resultado de una extensión de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

Aunado a lo anterior, México a diferencia de otros Estados Parte, al momento de firmar la Convención Americana, presentó una declaración interpretativa²³⁶ respecto al punto 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el que la expresión 'en general' no es una obligación de adoptar o mantener vigente legislación alguna que proteja la vida desde la concepción, toda vez que las disposiciones relacionadas con la protección de la vida prenatal derivan del derecho local y no de la Constitución ni de la Convención Americana.²³⁷

En México, diecinueve Estados protegen el derecho a la vida desde la fecundación o concepción, o bien, se reconoce al ser humano bajo la calidad de

²³⁴ Cfr., Ramos Duarte, Rebeca Antonia, *op. cit.*, p. 312.

²³⁵ Citado por Ramos Duarte, Rebeca Antonia, *op. cit.*, pp. 312 y 313.

²³⁶ Ver nota al pie 219.

²³⁷ Cfr., Ramos Duarte, Rebeca Antonia, *op. cit.*, p. 316.

persona, y por ende, todos los derechos son salvaguardados por las Constituciones locales. En consecuencia, estos Estados tienen la obligación de proteger la vida prenatal conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es decir, mediante el respeto a los derechos reproductivos de la mujer, mismos que se deben cumplir a través de la no criminalización y, por el contrario, brindar los servicios necesarios que requiera cualquier mujer que así lo solicite.²³⁸

Asimismo, es importante destacar que actualmente los derechos reproductivos de la mujer no se encuentran disminuidos con relación a la despenalización del aborto antes de las doce semanas de gestación, incluso si se pretendiera proteger la salud e integridad del feto, tampoco lo estarían. Es decir, la vida y la salud del ser humano antes de nacer, no se encuentran por encima de la libertad de la persona embarazada, dada la excluyente de responsabilidad (el aborto eugenésico) todo indicaría que el legislador pretendió conceder mayor valor a la libertad de la persona embarazada, quizás pensando en las circunstancias especiales que suponen la crianza de un hijo físicamente disminuido.²³⁹

3.3. Necesidad de regular el daño a la integridad corporal y la alteración a la salud antes del nacimiento en el Código Penal para la Ciudad de México

Durante el desarrollo de este Capítulo se citaron algunos preceptos legales que aluden a la protección de la vida y la salud del ser humano en gestación. Pese a que en materia penal la vida del producto de la concepción es tutelada mediante el delito de aborto, el cual se encuentra descrito en el Código Penal de todas las Entidades Federativas (con excepción del Estado de Sinaloa el cual a partir del 11 de marzo de 2022 cambió su denominación del delito de aborto a interrupción del embarazo) no sucede así con la salvaguarda de su salud.

Actualmente, sólo los Códigos Penales correspondientes a los Estados de Zacatecas, Coahuila, Jalisco y México, refieren las lesiones al producto o al concebido y determinan una sanción aplicable al responsable. Con ello, se

²³⁸ Cfr., *Ibidem* p. 324.

²³⁹ Cfr., Ramón Ribas, Eduardo, *op. cit.*, p. 359.

comprende que en México la legislación local advierte sobre la relevancia en el entorno jurídico de velar no sólo por la vida, sino también por el cuerpo y la salud del producto de la concepción.

Es importante retomar del Caso Contergan porque demostró la vulnerabilidad del ser humano en etapa gestacional ante agresiones que recientemente se sabe, pueden surgir en contextos diferentes; por ejemplo, el tratamiento médico o quirúrgico prenatal y cesárea; el abuso fetal por parte de la madre; o las conductas tendientes a dañar a la persona embarazada pero alcanzan al concebido.

Respecto a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad profesional del médico por *malpraxis* (mala práctica médica) o por error médico²⁴⁰, las cuales pueden dañar la integridad corporal o alterar la salud de los individuos, tienen consecuencias jurídicas. En materia penal, el sujeto que daña a otro y se halla jurídicamente culpable por la conducta delictiva, se le aplica una pena que puede

²⁴⁰ Es importante esclarecer la diferencia que existe entre la atención profesional por parte del personal de la salud hacia la persona embarazada, y aquella que se brinda directamente al ser humano en gestación. Una *malpraxis* o un error médico puede lesionar la corporeidad o alterar la salud durante la atención médica prestada a una persona embarazada y/o al feto; sin embargo, hay prácticas que sólo el personal de la salud ejerce y, claramente, están encaminadas a violentar los derechos de la persona embarazada (no así al feto), ejemplo de lo anterior es la violencia obstétrica.

La Red Latinoamericana del Caribe y de Bioética en conjunto con la Organización de las Naciones Unidas (ONU), definen la violencia obstétrica como: "el tipo de violencia ejercida por el profesional de la salud, sobre el cuerpo y los procesos productivos de las mujeres. Esta clase de violencia se expresa mayoritariamente, aunque no con exclusividad, en el trato deshumanizado hacia la mujer embarazada en la tendencia a patologizar los procesos reproductivos naturales y en múltiples manifestaciones que resultan amenazantes en el contexto de la atención de la salud sexual, embarazo, parto y post parto." Soto- Toussaint, Luis Héctor, "Violencia obstétrica", Aspectos médico- legales en la práctica de la anestesia, *Revista Mexicana de Anestesiología*, México, vol. 39, suplemento 1, abril- junio 2016, pp. 55 y 56, Disponible en: <https://www.medigraphic.com/pdfs/rma/cma-2016/cmas161s.pdf>

Por otro lado, la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, destaca en el artículo 18 la denominada violencia institucional, misma que, comprende la violencia obstétrica, definida como "los actos u omisiones de las y los servidores públicos de cualquier orden de gobierno que discriminen o tengan como fin dilatar, obstaculizar o impedir el goce y ejercicio de los derechos humanos de las mujeres así como su acceso al disfrute de políticas públicas destinadas a prevenir, atender, investigar, sancionar y erradicar los diferentes tipos de violencia." Villanueva Egan, Luis Alberto et al., "¿De qué hablamos cuando hablamos de violencia obstétrica?", *Revista CONAMED* [Comisión Nacional de Arbitraje Médico], México, vol. 21, suplemento 21, 2016, p. 11, Disponible en: <https://biblat.unam.mx/hevila/RevistaCONAMED/2016/supl1/1.pdf> Es decir, como lo expresa el autor Soto-Toussaint "la violencia obstétrica es un producto de un entramado multifactorial en donde confluyen la violencia institucional y la violencia de género." Soto- Toussaint, Luis Héctor, *op. cit.*, p. 56.

En el mismo contexto, la violencia obstétrica también se describe (en el sentido más general) como negación de tratamiento, indiferencia ante solicitudes o reclamos, regañones, burlas, ironías, decisiones médicas sobre el parto que se toman sin su consentimiento, esterilizaciones forzadas, privar de información y poder de decisión por parte del médico, engaño médico, inducción al parto, ambiente falto de intimidad, expresiones entre médicos sobre situaciones irrelevantes, comentarios respecto al cuerpo y cicatrices consecuencia del parto, sin causa justificada separación de los hijos al nacer, sólo por mencionar algunos. Idem.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) considera que la consecución del derecho a la integridad personal implica una obligación del Estado para garantizar atención del más alto nivel en salud mental y física sin discriminación. Cfr., Villanueva Egan, Luis Alberto et al., *op. cit.*, p. 11.

En México, el delito de violencia obstétrica se encuentra descrito en el Código Penal de ocho Estados de la República, Yucatán (art. 243 QUINQUIES), Quintana Roo (art. 112 BIS), Veracruz (art. 363), Puebla (art. 356 BIS), Chiapas (art. 183 TER y QUATER), Guerrero (art. 203 fracción III), México (art. 276) y Ciudad de México (art. 201 fracción VI). La adición de este delito en los ordenamientos legales pretende evitar conductas cometidas por parte del personal de la salud, específicamente, en contra de las personas gestantes, es por ello que algunos de estos Códigos Penales consideran que la violencia obstétrica atenta contra la dignidad, igualdad de género, la salud personal o los derechos reproductivos de las personas gestantes.

En consecuencia, el presente trabajo no considera que el delito de violencia obstétrica proteja la integridad corporal o salud del ser humano en desarrollo gestacional, puesto que, la intención del legislador es preservar únicamente los derechos de las personas gestantes de aquellas conductas por parte del personal de la salud o instituciones que los violenten.

ser la privación de la libertad o la suspensión temporal o definitiva del ejercicio profesional.

Por otra parte, hay otras vías legales (no penales) como la reparación del daño o el pago de daños y perjuicios determinadas en el área civil del Derecho; o los modelos de atención en la justicia alternativa (conciliación, arbitraje y la mediación) encaminada a solucionar una controversia entre el paciente y el profesional de la salud. No obstante, estas determinaciones jurídicas se presentan cuando el daño a la integridad corporal o alteración a la salud son ocasionados a una persona nacida sin que éstas tengan un efecto retroactivo.

Con lo anterior se pretende explicar que las acciones civiles denominadas en derecho comparado (en países como Estados Unidos de América y España) como *wrongful birth* (nacimiento injusto) y *wrongful life* (vida injusta) no son aplicables en nuestro ordenamiento jurídico.²⁴¹ De tal manera que, el ser humano en desarrollo gestacional dañado en su corporeidad o alterada su salud derivada de la *malpraxis* o error médico, no puede demandar posterior a su nacimiento al profesional de la salud por daños ocasionados durante la etapa prenatal.

Por otro lado, el profesional de la salud no es el único que puede dañar al producto de la concepción, también la madre o cualquier otra persona física pueden ser responsables de dañar al concebido (como se explica en el Capítulo IV del presente trabajo); sin embargo, ante este supuesto, a diferencia del profesional de la salud, no procede la exigencia de daño en los juicios civiles, los medios de justicia alternativa ni la imposición de una pena por cometer un delito que es evidente no se encuentra establecido en la ley penal.

Es por todo lo anterior que se estima necesaria la tutela penal a la integridad corporal y la salud del ser humano en desarrollo gestacional, puesto que los medios

²⁴¹ Las acciones *wrongful birth* (nacimiento injusto) y *wrongful life* (vida injusta) son reclamaciones de responsabilidad civil médica, basadas en la enfermedad o malformación que padece un niño al nacer. La acción *wrongful birth* se caracteriza porque es el derecho del padre para exigir daños contra un médico que no proporcionó la oportunidad de prevenir el 'nacimiento injusto' de un niño que presenta una anomalía, la cual pudo ser detectada desde la etapa antenatal. Es decir, el médico debe informar a los padres en el tiempo adecuado sobre el estado de salud del que está por nacer, para que puedan elegir si continúan o no con el embarazo. En tanto, la acción *wrongful life* o 'vida injusta' es una demanda por parte del niño (hasta alcanzada la mayoría de edad) quien padece la enfermedad o malformación, contra el médico señalado, por actuar con negligencia al permitir su nacimiento con tal padecimiento; en otras palabras, el niño afirma que hubiera sido mejor no haber nacido que nacer con dicha enfermedad o anomalía congénita. Cfr., Harrison, Michael R. et al., *El paciente prenatal: arte y ciencia de la terapia fetal*, 3a. ed., McGraw-Hill, México, 2002, p.34.

jurídicos existentes no disuaden de una conducta perjudicial prenatal, ni a la persona embarazada, al profesional de la salud u otra persona física.

Asimismo, si la norma fundamental comprende la salud del producto de la concepción como parte de la regulación en leyes secundarias, tal como son la Ley Federal del Trabajo o la Ley General de Salud, más aún, el Código Penal para la Ciudad de México, el cual reconoce la salud del concebido al excluir de responsabilidad penal el aborto cuando el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales; entonces se entenderá que la inclusión del delito de lesiones al feto en este Código Penal que impone una pena a quien ocasione un daño en la integridad corporal o una alteración en la salud del concebido, no contraviene lo establecido por el ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO PENAL PARA LA CIUDAD DE MÉXICO PARA TUTELAR LA INTEGRIDAD CORPORAL Y LA SALUD ANTES DEL NACIMIENTO

4.1. El producto de la concepción y su protección en el Código Penal para la Ciudad de México

Como se mencionó en el Capítulo II, el Derecho Penal salvaguarda bienes jurídicos esenciales para los individuos y la colectividad, mediante el conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos e impiden que éstas alteren el orden social bajo la amenaza de una sanción determinada por el Estado.

Es por ello que en el presente trabajo, se abordan los delitos que recaen principalmente en el ser humano antes de su nacimiento; es el caso del delito de aborto.

A partir de la reforma del 26 de abril de 2007 a los artículos 144 al 147 del Código Penal para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) se establece el delito de aborto como “la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación. Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio.”²⁴²

No obstante, antes de esta reforma el aborto era descrito como la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo. Al respecto, Adame Goddard hace una observación (con la cual coincido) al mencionar que “en vez de hablar de la ‘muerte’ del no nacido se habla de la ‘interrupción del embarazo’, con lo cual ya no queda claro cuál es el bien jurídico protegido; cuando se habla de que dar la muerte es un delito, se entiende que el bien jurídico protegido es la vida, pero cuando se dice que el delito consiste en la interrupción del embarazo, parecería que el bien protegido es la continuidad del embarazo, lo cual carece de sentido.”²⁴³

²⁴² Artículo 144. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

²⁴³ Adame Goddard, Jorge, *op. cit.*, p. 697.

Actualmente, el Código Penal que se aplica a Entidades Federativas como Oaxaca, Baja California, Colima, Nayarit, Hidalgo, Sinaloa, Veracruz y Campeche, al igual que la Ciudad de México, disponen en la descripción legal del delito de aborto la definición 'interrupción del embarazo', contrario a la legislación Federal y Local, mismas que indican la muerte del producto de la concepción como su principal característica.

Retomando lo explicado en el Capítulo III de este trabajo, la citada reforma al numeral 144 permite que se interrumpa el embarazo de manera voluntaria en el periodo establecido por la norma penal sin que ello constituya una conducta reprochable; situación que obedece al derecho a la protección de la salud, así como al ejercicio del derecho a decidir libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, ambos derechos consagrados en el artículo 4o. de la Constitución Federal.

Lo anterior no significa que la norma deje de proteger la vida del producto de la concepción en las primeras semanas de embarazo. La conducta se continúa sancionando antes del plazo determinado para la interrupción del embarazo, cuando el aborto es practicado sin el consentimiento de la gestante, es decir, sólo cuando la embarazada lo consienta en ejercicio de su derecho (mencionado en líneas anteriores) no se aplica sanción alguna, pero sin este consentimiento, el aborto será penado, aun en el periodo de las doce semanas de gestación.

Asimismo, la vida intrauterina es salvaguardada pasados los tres meses de desarrollo embrionario y de no encontrarse bajo alguna de las excluyentes de responsabilidad establecidas en el artículo 148 (cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial, un grave peligro para la mujer embarazada, alteraciones congénitas o genéticas en el producto y, que sea resultado de una conducta culposa de la grávida).

Incluso si el derecho de la persona gestante se reconoce con la interrupción voluntaria del embarazo antes de la décima segunda semana de gestación, la vida del producto es el único bien jurídico que se protege con independencia de la embarazada.

El Código Penal para la Ciudad de México también contempla otros delitos denominados ‘delitos contra la libertad reproductiva,’ cuya conducta se caracteriza por la manipulación de genes humanos y células germinales (espermatozoides y óvulos) con fines distintos a los autorizados o sin consentimiento del donante. Sin embargo, estas figuras delictivas no se establecieron precisamente para tutelar la vida e integridad corporal y salud del ser humano en desarrollo embrionario.

A diferencia del bien jurídico tutelado en el delito de aborto (la vida del producto de la concepción) los delitos de manipulación genética, procreación asistida e inseminación artificial, cumplen el propósito de procurar la libertad reproductiva de los individuos.²⁴⁴ Además es importante recordar que, conforme a la definición en la norma jurídica de la expresión ‘producto de la concepción’ (explicada en el Capítulo II) ésta se refiere al embrión post-implantatorio o feto, de acuerdo con la etapa del embarazo, y este último inicia con la implantación del embrión en el endometrio y finaliza con la expulsión del feto de la cavidad uterina.²⁴⁵ Por lo que, los genes humanos y los gametos masculino y femenino (citados en los delitos contra la libertad reproductiva) sólo son células que anteceden a la etapa de gestación.

Por consiguiente, el delito de aborto es el único que ampara la vida del producto de la concepción en el Código Penal para la Ciudad de México, sin que exista otro bien jurídico protegido antes del nacimiento, en el ordenamiento.

4.2. Propuesta para incorporar el delito de ‘lesiones al feto’ en el Código Penal para la Ciudad de México

En Capítulos anteriores se explicaron los instrumentos jurídicos en México que contemplan la protección de la vida y la salud del producto de la concepción. Asimismo, se emplearon definiciones y conceptos esenciales para comprender el alcance en la salvaguarda al ser humano que se encuentra en desarrollo gestacional. Sin embargo, en el ámbito penal poco se ha establecido respecto a

²⁴⁴ Ver nota al pie 199.

²⁴⁵ Ver punto 2.4.1.

conductas que dañan la corporeidad humana o alteran la salud antes de nacer, por lo que la necesidad de plantear una figura delictiva que lo evite es el propósito del presente trabajo.

Retomando el Caso Contergan como el principal antecedente en Alemania correspondiente a las lesiones ocasionadas al ser humano durante la gestación (consecuencia de la administración del fármaco que lleva el mismo nombre y cuya sustancia activa era la talidomida) es indiscutible que tal suceso impactó en la sociedad de aquella década al demostrar la vulnerabilidad del concebido ante determinaciones médicas que, contrario al objetivo de causar efecto únicamente en la salud de la persona embarazada, alcanzaron al *nasciturus*, perjudicando gravemente su cuerpo y salud.

Aunque en el mencionado caso se responsabilizó a la empresa farmacéutica por la falta de escrupulosos ensayos clínicos solicitados para la comercialización de medicamentos, lo cierto es, el avance en el ámbito de la medicina (el cual pretende beneficiar y mejorar la salud humana) ha desarrollado procedimientos y técnicas invasivas que incluso ponen en riesgo la vida del ser humano desde la etapa gestacional. A medida que se amplía el conocimiento del cuerpo humano frente a factores que lo dañan u ocasionan graves enfermedades, en el entorno jurídico se debe regular las conductas que exponen la vida y la salud, aun si el propósito de éstas es aportar un beneficio a la ciencia médica.

Por tal motivo, en España (país en donde se registraron víctimas derivado de la distribución del medicamento Contergan) la legislación penal es más precisa respecto al daño ocasionado a la salud prenatal, por lo que consideró como precedente la difícil discusión en Alemania por carecer de un delito aplicable a aquél incidente que ocasionó malformaciones e incluso la muerte de algunos fetos y neonatos. Por ello, en 1995 por primera vez se incluyó en el Código Penal la figura delictiva denominada 'lesiones al feto', la cual está destinada a proteger la integridad física y salud del ser humano antes de nacer.²⁴⁶

Cabe señalar que el avance en el ámbito jurídico con relación a la protección de la salud en etapa gestacional no es exclusivo de países en donde la sustancia

²⁴⁶ Ver punto 1.2.2.

activa talidomida fue distribuida, sino de lo endeble que es el ser humano durante el desarrollo embrionario, es por eso que las recientes reformas en Códigos Penales corresponden a países pertenecientes al Continente Americano.

En la República del Perú mediante la Ley N° 27716 del año 2002, se incorporó en el Código Penal el delito de 'lesiones en el concebido'²⁴⁷ con el cual se pretende cubrir aquella laguna legislativa que deja sin castigo a todo individuo que ocasione un daño en el cuerpo o en la salud del concebido evitando así, conflictos por ausencia de la descripción legal aplicable al caso, como sucedió en el Tribunal Provincial de la Ciudad de Aquisgrán, Alemania.

Actualmente en México, también se ha incorporado en el ordenamiento penal del Estado de Coahuila las 'lesiones al concebido.' Aunque el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco así como el Código Penal aplicable al Estado de México no emplea una denominación para las lesiones ocasionadas al que está por nacer, alude a éstas cuando se producen a una mujer embarazada y alteran la salud o integridad del producto de la preñez. En el caso del Código Penal aplicable en el Estado de Zacatecas, si la tentativa de aborto ocasionó lesiones, éstas no se persiguen como tentativa de aborto, sino como lesiones mediante el delito que lleva la misma denominación.²⁴⁸

Dicho lo anterior, para proponer la incorporación de un delito de lesiones ocasionadas a un ser humano en gestación en el Código Penal para la Ciudad de México, no es suficiente retomar la legislación penal de Derecho comparado ni la perteneciente a los Estados de la República Mexicana, puesto que, cada una de éstas se basa en argumentos propios de su localidad, lo que puede propiciar errores o dificultades en su aplicación. Por el contrario, es necesario considerar fundamentos específicos que permitan plantear una correcta descripción legal a fin de evitar el desamparo ante situaciones que alteren la salud o dañen la corporeidad humana prenatal.

²⁴⁷ Véase al respecto, Diario Oficial el Peruano <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/27716.pdf>

²⁴⁸ Véase *supra*, p.53.

4.2.1. Tipo penal

El Tipo Penal es la descripción legal de un delito plasmada en la ley penal, es decir, la especificación de una conducta delictiva. Por ello, los individuos deben comprender los comportamientos prohibidos considerados como delitos, a las cuales les corresponde una pena, porque de no existir la hipótesis legal en la ley, la práctica ilícita no será reprochable, por tanto, no podrá aplicarse pena alguna.²⁴⁹

En sentido amplio, también se contemplan los elementos que constituyen el delito, es decir, la conducta humana que tiene consecuencias jurídicas de hacer o dejar de hacer.

Aunado a lo anterior, el numeral 14 de la Constitución Federal dispone en su párrafo tercero lo siguiente “en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.”²⁵⁰

Es decir, se procura garantizar la libertad de los individuos evitando le sean atribuidas en materia penal conductas que, mientras no estén descritas en la ley como delitos, no son merecedoras de una sanción previamente determinada por la misma.

Por lo antes expuesto, es necesario en el delito que se propone como ‘lesiones al feto’ se especifique en el mismo Título que salvaguarda la vida y la integridad corporal, pero éste sea autónomo al Capítulo destinado a las lesiones y al aborto.²⁵¹

Si bien, la integridad corporal es el objeto jurídico tutelado en el delito de lesiones, no existe descripción legal que determine su protección particularmente al ser humano en gestación y, de acuerdo con lo establecido en la Carta Magna respecto al ámbito penal, debe ser precisa la explicación de un ilícito. Por lo tanto, no es suficiente en el artículo 130 del Código Penal para la Ciudad de México, se

²⁴⁹ Amuchategui Requena, Griselda, *Derecho Penal*, 4a. ed., Oxford, México, 2012, p. 61.

²⁵⁰ Artículo 14. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*

²⁵¹ El Doctor en Derecho penal Soto Lamadrid apoya la importancia de corregir la omisión legislativa respecto a las lesiones causadas a un feto en el Código Penal para la Ciudad de México mediante la creación de una norma punitiva que comprenda tal hipótesis y, señala “[...] jamás por vía de interpretación sistemática, progresiva o analógica, porque el embrión o feto no es persona para el derecho mexicano ni para la enorme mayoría de las legislaciones americanas, aunque merezca protección aún antes de su nacimiento y no exista impedimento para que se le asigne un estatus protegido, como ocurrió en materia civil para el ‘nasciturus’”. Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 27.

puntualice en el delito de lesiones “Al que cause a otro [...]”²⁵² porque con el término ‘otro’ no se alude al producto de la concepción, sino a quienes conforme a la legislación civil aplicable en la Ciudad de México, para efectos legales son considerados nacidos.²⁵³

Es el caso de los Códigos en materia penal correspondientes al Estado de Coahuila y Jalisco, los cuales, en el contenido del Capítulo designado ‘lesiones’ contemplan aquellas ocasionadas al concebido o al producto de la concepción; sin embargo, en la descripción básica se emplean expresiones como “[...] quien daña a otro en su salud” y “[...] cause un menoscabo en la salud de otro”, lo que indica que, estos ordenamientos incluyeron al que está por nacer en el vocablo ‘otro.’

Plantear una conducta que daña la integridad corporal o altera la salud del cuerpo humano en gestación como parte del Capítulo que tutela la vida del producto de la concepción, es decir, el delito de aborto, tampoco lo considero acertado.

Aunque el Código Penal para la Ciudad de México a partir de la reforma del año 2007 modificó el texto referente al aborto y actualmente lo describe como la interrupción del embarazo, el bien jurídico que protege es la vida; contrario al propósito del ilícito penal en propuesta denominado ‘lesiones al feto’.

Cabe señalar que en los denominados delitos contra la vida se establece el delito de homicidio, pero éste es aplicable a las persona nacidas, no así al producto de la concepción. Es decir, aunque la redacción del delito de homicidio lo describa como “Al que prive de la vida a otro [...]”²⁵⁴ éste únicamente comprende al individuo nacido, puesto que de manera paralela, el delito de aborto en la legislación local (salvo en la Ciudad de México, Oaxaca, Baja California, Colima, Nayarit, Hidalgo, Sinaloa, Veracruz y Campeche) y Federal específica en la descripción legal como la muerte del producto de la concepción. Por lo tanto, se considera para esta investigación adicionar un Capítulo en particular antecediendo al destinado a las lesiones, dado que, el propósito del delito en propuesta es salvaguardar la integridad corporal y la salud del ser humano en desarrollo gestacional.

²⁵² Artículo 130. Código Penal para la Ciudad de México. *op.cit.*

²⁵³ Ver punto 3.1.6.1.

²⁵⁴ Artículo 123. Código Penal para la Ciudad de México. *op.cit.*

Por otro lado, como se advirtió en Capítulos pasados, el uso de los vocablos ‘embrión’ y ‘feto’ para el presente trabajo es únicamente en sentido técnico, es decir, este último término no se emplea como sinónimo de la expresión ‘producto de la concepción’ sino de acuerdo con la etapa de desarrollo embrionario estudiada por la ciencia médica. Además, ante la falta de definición de la palabra ‘feto’ en el Código Penal, conforme lo señala la tesis aislada citada en el Capítulo II, es aplicable la establecida por la Ley General de Salud.

En consecuencia, el Tipo Penal de ‘lesiones al feto’ se ha planteado al retomar el concepto propuesto en el punto 2.4.3. de este trabajo, así como, el bien jurídico protegido, los sujetos que intervienen y la intencionalidad de quien comete el delito.

LIBRO SEGUNDO
PARTE ESPECIAL
TÍTULO PRIMERO

DELITOS CONTRA LA VIDA, LA INTEGRIDAD CORPORAL, LA
DIGNIDAD Y EL ACCESO A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA

CAPÍTULO III
LESIONES AL FETO

ARTÍCULO 135 BIS. La lesión al feto es un daño en la integridad corporal o alteración en la salud por causas externas.

Para efectos de este Código, el feto es el producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno.

ARTÍCULO 135 TER. A quien por cualquier medio o procedimiento cause al feto una lesión que perjudique su sano desarrollo gestacional

provocándole un daño corporal total o parcial, disfunción orgánica permanente o temporal, o bien, cause enfermedad incurable o deformidad, se le impondrán de 3 meses a 3 años de prisión o trabajo en favor de la comunidad.

Si las lesiones fueren causadas por un profesional de la salud, además de las sanciones que le correspondan, se le suspenderá en el ejercicio de su profesión por un término igual a la pena de prisión impuesta.

Cuando las lesiones al feto sean causadas culposamente, las sanciones se reducirán a la cuarta parte, con la salvedad de la persona embarazada, que no será penada por su imprudencia.

4.2.1.1. Elementos típicos

Los elementos típicos son elementos que comprende el Tipo Penal, como los sujetos (activo y pasivo) y el objeto (jurídico y material).

4.2.1.1.1. Sujeto activo y pasivo

En el ámbito penal se estudian los sujetos que intervienen en el delito, es decir, el sujeto activo y el sujeto pasivo.

A) Sujeto activo

Se le denomina sujeto activo a la persona física que comete el delito. Cada Tipo Penal o descripción legal específica los caracteres necesarios para ser sujeto activo. Verbigracia, es sujeto activo la persona embarazada que voluntariamente practique su aborto.

En el Tipo Penal que se propone no se especifica al sujeto activo porque se considera que puede ser cualquier persona física, ya sea la persona embarazada,²⁵⁵ el profesional de la salud o cualquier otra persona. No obstante, se considera que las lesiones ocasionadas por imprudencia de la persona embarazada no serán penadas. Lo anterior obedece a la excusa absoluta establecida en el delito de aborto en la actual legislación, al considerar, en palabras de Raúl Carrancá y Trujillo, “la maternidad involuntariamente frustrada”.²⁵⁶

B) Sujeto pasivo

Contrario al sujeto activo, el sujeto pasivo es en quien recae el daño o peligro ocasionado por la persona física que comete el delito, ésta puede ser una persona física o moral. Es decir, es sujeto pasivo el titular del bien jurídico tutelado (explicado más adelante) que resulta afectado. El sujeto pasivo, puede ser cualquier persona, no obstante, existen Tipos Penales que especifican la calidad que debe tener el sujeto y las circunstancias, para considerar que recae en él un daño o peligro. Un ejemplo común es el delito de aborto, cuyo sujeto pasivo lo es únicamente el producto de la concepción.

En el caso del delito de ‘lesiones al feto’ (sugerido) el sujeto pasivo o en quien recae el daño o peligro lo es el feto en sentido técnico; es decir, el producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno.

Conforme se ha planteado en el desarrollo del presente trabajo, emplear el término ‘feto’ en sentido amplio, o bien, el ‘producto de la concepción’ en todas las etapas del desarrollo gestacional, es incorrecto.

En España, la palabra ‘feto’ utilizada en el denominado delito de ‘lesiones al feto’ obedece a la mera tradición jurídico penal que acepta este vocablo para

²⁵⁵ Considerando el reconocimiento de identidad de género que desde el 5 de febrero de 2015 se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal (hoy Ciudad de México) mediante el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones en el Código Civil y Código de Procedimientos Civiles ambos aplicables en la Ciudad de México, en esta propuesta de delito de lesiones al feto, se empleará, en adelante, la expresión ‘persona embarazada.’

²⁵⁶ Citado por Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl, *Código Penal anotado*, 26a. ed., Porrúa, México, 2007, p. 1007.

referirse a quien está por nacer. No obstante, en el entorno jurídico se debe respetar la definición de los términos estudiados por la ciencia médica.

He expresado que la medicina y el Derecho pese a ser ámbitos de investigación distintos colaboran en situaciones específicas, de tal manera que, jurídicamente no se puede tergiversar el significado de términos estudiados por la medicina. Incluso el Código Penal para la Ciudad de México define el embarazo basándose en lo establecido por la NOM-007-SSA2-2016 Para la atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, y de la persona recién nacida; es decir, en el sentido estricto. Asimismo, en el delito de aborto se establece la definición técnica del inicio del embarazo, así como, el periodo que la ley penal establece para su interrupción sin que éste sea penalizado, denominada por la ciencia médica como 'embrionaria.'

Explicado lo anterior, se comprenderá que el daño en la integridad corporal o alteración en la salud por causas externas al ser humano en gestación a partir de la fase fetal hasta el nacimiento, este último definido por la NOM-007-SSA2-2016 como la expulsión completa o extracción del organismo materno del producto de la concepción, serán consideradas lesiones al feto. Aun si las lesiones se produjeran durante el trabajo de parto, mientras no se concluya la expulsión total o extracción de la cavidad uterina, se entenderá que éstas recaen en un feto.

Lo anterior se robustece con la siguiente tesis aislada:

ABORTO CULPOSO. SE ACTUALIZA ESTE DELITO SI DE AUTOS SE ADVIERTE QUE EL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN ESTABA MUERTO AL SER EXPULSADO PARCIALMENTE DURANTE EL TRABAJO DE PARTO Y NO EXISTE PRUEBA CIENTÍFICA QUE DEMUESTRE LO CONTRARIO.

El artículo 302 del Código Penal Federal establece que comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro; por su parte, el segundo párrafo del numeral 9o. del mismo ordenamiento dispone que 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 a un deber de

cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales. Ahora bien, para tener por acreditado el homicidio culposo tratándose de la muerte del producto de la concepción durante el trabajo de parto, es necesario que el órgano técnico de acusación acredite que tuvo vida extrauterina, toda vez que esta figura jurídica supone la existencia previa de un ser nacido vivo, circunstancia que puede acreditarse mediante prueba histórica y directa, por ejemplo, por medio de testigos que afirmen haber visto al niño moverse por sí mismo después de salir del claustro materno, o escuchado sus vagidos; o con la pericial respectiva, en la que, por los métodos correspondientes, se justifique que el infante tuvo vida fuera del útero. En esa tesitura, si de las constancias de autos se advierte que el producto de la concepción estaba muerto al ser expulsado parcialmente, y no existe prueba científica que demuestre lo contrario, se entenderá que el deceso ocurrió intrauterinamente y, por tanto, se actualiza el delito de aborto culposo previsto en el artículo 329, en relación con el 60, ambos del Código Penal Federal y no el diverso de homicidio.²⁵⁷

Por otra parte, la Doctora en Derecho, Amuchategui Requena estima que el producto de la concepción sí puede ser sujeto de daño o alteración en el cuerpo y salud “[...] pues también el producto tiene salud y es susceptible de sufrir una alteración en su integridad física (puede nacer sin un ojo a consecuencia de la lesión).”²⁵⁸

No obstante, algunos juristas sostienen lo contrario. En Argentina, Lucero Offredi señala que “la doctrina nacional, en general, coincide en identificar al sujeto pasivo de las lesiones con el de homicidio y, por lo tanto, no acepta que la persona por nacer pueda asumir tal condición.”²⁵⁹ En el mismo sentido, los italianos Carlos Saltelli y Romano Di Falco exponen que “puesto que el bien de la integridad personal supone el de la vida, el delito de lesiones no puede ser cometido sobre un

²⁵⁷ Tesis: XX.2o.60, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, Enero de 2007, p. 2179. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/173636> 28 de julio de 2022, 19:57.

²⁵⁸ Amuchategui Requena, Griselda, *op. cit.*, pp. 249 y 250.

²⁵⁹ Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 26.

cadáver, sobre un feto o sobre un ser que no tenga forma humana.”²⁶⁰ Respecto a esta última idea, concuro en que las conductas encaminadas a lesionar un cadáver no deben ser catalogadas como tal, pero sobre un feto o un ser que no tenga forma humana, me parece una concepción errónea.

Con relación a la comprensión italiana, es evidente que obedece al Derecho romano cuya noción de monstruo se concretaba a aquél que no tiene figura humana, es decir, una combinación de figura humana con una figura animal.²⁶¹ Por esta razón, el Derecho actual debe adoptar los términos relativos a la ciencia médica y no persistir con la tradición romanista; incluso en la medicina²⁶² este concepto evolucionó en el intento por estudiar las malformaciones durante el desarrollo gestacional.

En consecuencia, el feto como sujeto pasivo del delito en propuesta, es comprendido en estricto sentido y, por tanto, el daño o alteración en su corporeidad o salud durante esta fase de desarrollo gestacional, serán sancionadas como un delito.

4.2.1.1.2. Objeto jurídico y material

En el delito se identifican dos objetos, el jurídico y el material.

A) Objeto jurídico

Se refiere al interés o bienes jurídicamente tutelados por la ley. En cada uno de los delitos establecidos en la norma penal se protegen bienes considerados esenciales para los individuos y la colectividad. Por lo tanto, los Códigos Penales clasifican los delitos conforme el objeto jurídico que se salvaguarda, es el caso de los delitos contra la vida, el patrimonio, la libertad, entre otros.

²⁶⁰ Ídem.

²⁶¹ Cfr., Narváez Hernández, Ramón, *op. cit.*, p. 177.

²⁶² Desde la perspectiva histórica del feto en el campo médico, se aceptó la idea de los pensadores griegos y romanos del homúnculo, una persona miniatura que vivía y crecía dentro de la madre antes de su nacimiento. Ante la ausencia de información biológica, esta explicación ayudó a comprender la relación entre el feto y el neonato; sin embargo, con la práctica y observación en fetos de animales, este concepto fue evolucionando.

Con relación al delito de ‘lesiones al feto’ que se propone en esta investigación, es necesario esclarecer antes lo establecido por el Código Penal para la Ciudad de México y el Código Penal Federal relativo al bien jurídico tutelado en el actual delito de lesiones.

El Código Penal para la Ciudad de México en el contenido del Libro Segundo, Título Primero designado a los delitos contra la vida, la integridad corporal, la dignidad y el acceso a una vida libre de violencia, no menciona el vocablo ‘salud’ (entendida de manera individual) se comprende que ésta es tutelada paralelamente a la integridad corporal.

Retomando lo expuesto en el Capítulo II respecto al vínculo entre la definición de integridad corporal y salud, ambos términos tienen diversos significados, pero en el entorno jurídico se insiste en que el concepto de salud sea entendido en sentido amplio para garantizar la tutela de ambos objetos jurídicos. Es por ello que algunos autores coinciden en que el vocablo ‘salud’ no sólo debe versar en la normal funcionalidad de los órganos ausentes de afecciones, sino también, en el conjunto de los órganos y miembros del cuerpo humano.

En mi opinión, es incorrecta esta idea de subsumir a la integridad corporal en la salud porque al lesionarse la primera, se comprende un daño en la corporeidad; mientras en la segunda, se altera la funcionalidad de los órganos.

Para ejemplificar lo anterior, el Código Penal Federal es preciso al distinguir la tutela de ambos bienes jurídicos en la descripción penal del delito de lesiones al indicar “toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deja huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa.”²⁶³

Contrario al concepto de salud al que se alude en el Código Penal que rige en la Ciudad de México, el cual señala “Al que cause a otro un daño o alteración en su salud [...]”²⁶⁴ Es decir, en este último el concepto ‘salud’ también se refiere a la corporeidad. Al respecto, el autor Soto Lamadrid advierte lo paradójico que resulta esta conceptualización:

²⁶³ Artículo 288. Código Penal Federal, *op. cit.*

²⁶⁴ Artículo 130. Código Penal Federal, *op. cit.*

Traicionados por el subconsciente legislativo, algunos de los códigos modernos que orgullosamente habían eliminado el daño somático de la descripción típica, como los del Estado de México, Chiapas, Jalisco, Zacatecas y el Distrito Federal [hoy Ciudad de México], lo invoquen inadvertidamente incluyendo a las lesiones bajo el título genérico de los “Delitos contra la vida y la integridad corporal.”²⁶⁵

Explicado lo anterior, es correcto para la propuesta del delito de ‘lesiones al feto’ que el bien jurídico tutelado deba ser tanto la integridad corporal como la salud (entendida de manera individual) del producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión total del seno materno.

No obstante, aunque se hace referencia a la diferencia entre ambos conceptos, estos deben comprenderse como un solo bien jurídico tutelado, dado que, la intención de subsumir a la integridad corporal en el concepto de salud (tal como se establece en el Código Penal aplicable en la Ciudad de México) es proteger al cuerpo humano y su funcionamiento en conjunto.

Así también, es importante explicar la razón de salvaguardar la corporeidad y la salud únicamente en el periodo fetal, basada en el conocimiento médico acerca del desarrollo del cuerpo humano durante la gestación, en el cual se ha evidenciado estar expuesto a daños y alteraciones al comienzo de dicha fase.

A)-I. Desarrollo gestacional del ser humano: perspectiva médica

Con el propósito de demostrar que el feto (en estricto sentido) goza de corporeidad y de salud desde esta etapa (lo cual justifica la finalidad de la propuesta del delito de ‘lesiones al feto’ que pretende proteger la integridad corporal y la salud) se expondrán las principales características del desarrollo gestacional estudiado en el campo médico.

²⁶⁵ Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *op. cit.*, p.10.

Retomando lo explicado en el punto 2.4.1. en la ciencia médica se han reconocido dos importantes periodos que experimenta el ser humano a lo largo de su desarrollo prenatal; el embrionario y el fetal. Sin embargo, para entender el cómputo de cada una de estas fases, comenzaré por explicar qué es el embarazo.

Los estadios generalmente se calculan a partir del embarazo, mismo que, inicia con la implantación o anidación del embrión o cigoto en el endometrio y, finaliza con el parto (nacimiento), es decir, la expulsión total o extracción del feto de la cavidad uterina. El embarazo consta entre 280 días o 40 semanas (correspondiente a lo que se conoce como edad gestacional, porque comienza con la fecha de la última menstruación hasta la consumación del nacimiento); o bien 266 días o 38 semanas (después de la fecundación hasta el nacimiento), siendo este último el cómputo más exacto.

Es relevante advertir que, en este apartado se describirán las etapas conforme al cálculo más exacto.

a) Periodo embrionario (primer trimestre)

Se estima a partir del momento de la fecundación, es decir, cuando existe la fusión entre el gameto masculino, espermatozoide y el gameto femenino, ovocito (dando lugar a la formación del huevo o cigoto)²⁶⁶ en esta primera fase el endometrio²⁶⁷ colabora con la implantación del embrión y en las siguientes tres semanas con la formación de la placenta.

La placenta se caracteriza por ser un órgano que se forma de nuevo en cada embarazo y se desecha con el nacimiento. Sus principales funciones son el intercambio de nutrientes²⁶⁸ (aminoácidos, ácidos grasos libres, vitaminas, entre otros) y gases (oxígeno, dióxido de carbono y monóxido de carbono). El embrión durante las primeras semanas después de la implantación es protegido por la

²⁶⁶ Tratándose de procedimientos como la fecundación *in vitro* en esta etapa, el embrión es resistente a los efectos teratogénicos antes de ser implantado, por lo que se considera un riesgo mínimo de anomalías en los neonatos bajo esta técnica de reproducción asistida. Cfr., Sadler, T.W., *op. cit.*, p. 44.

²⁶⁷ Ver nota al pie 138.

²⁶⁸ Es importante señalar que en este intercambio entre nutrientes y desechos por parte de la madre y el embrión-feto, el torrente sanguíneo de ambos es independiente, por lo que, sólo hacen contacto cuando se lleva a cabo tal intercambio. Cfr., Newman, Barbara y Newman, Philip R., *Manual de psicología infantil*, Limusa, vol. I, México, 1985, p. 79.

membrana más interna de la placenta conocida como *amnios* o saco amniótico, el cual es ocupado por un líquido acuoso y cristalino formado a partir de sangre materna, denominado líquido amniótico. Este líquido en los primeros meses de gestación actúa como amortiguador, dado que, el embrión (sujetado por el cordón umbilical) flota en él; además impide que el embrión se adhiera al *amnios* y permite que éste pueda moverse o cambiar de posición.²⁶⁹

En general, se considera que la placenta es una barrera donde el material de la madre es sintetizado para uso exclusivo del embrión-feto, además de actuar como un mecanismo protector contra sustancias o virus perjudiciales para su normal desarrollo. No obstante, existen virus como la rubéola, citomegalovirus, varicela, sarampión y poliomielitis, que atraviesan la placenta sin dificultad ocasionando infecciones en el feto o defectos congénitos.²⁷⁰ De la misma manera, lo hacen algunos fármacos teratógenos causando graves daños en el embrión como lo sucedido con la talidomida en Alemania.

Los cambios principales que ocurren en el embrión a partir de la cuarta semana hasta la octava, es el origen de varios tejidos y órganos específicos, como son los precursores del cerebro, corazón, ojos, oídos y los brotes de las extremidades. Al finalizar dicha fase, serán reconocibles los caracteres primordiales morfológicos externos del cuerpo.²⁷¹

b) Periodo fetal (segundo y tercer trimestre)

El periodo fetal se extiende (continuando la anterior si se ha completado) desde el comienzo de la novena semana hasta el nacimiento; se caracteriza por el crecimiento del cuerpo y la maduración de los sistemas orgánicos.

Durante el tercer mes, la cara adquiere un aspecto humano, porque los ojos que en un principio se ubicaban en los laterales, comienzan a desplazarse hacia el frente, y las orejas se sitúan cerca de la posición definitiva de la cabeza.

²⁶⁹ Cfr., Sadler, T.W., *op. cit.*, p. 146.

²⁷⁰ Véase *infra*, pp.88-92.

²⁷¹ Cfr., Sadler, T.W., *op. cit.*, p. 91.

Asimismo, los genitales externos se han desarrollado lo suficiente para determinar el sexo del feto. En este mes es posible oír los latidos del corazón fetal a través de la pared uterina.²⁷²

En el cuarto y quinto mes el feto aumenta de longitud aproximadamente la mitad del total calculada al momento de nacer. Son visibles las cejas y el cabello, pese a estar cubierto por un vello delicado llamado lanugo. En el quinto mes, son perceptibles por la madre, los movimientos fetales. Comienza a tragar líquido amniótico, el cual ya contiene orina fetal.

Durante el sexto mes²⁷³ los receptores sensoriales ya están bien establecidos, aunque el oído externo se encuentre lleno de fluido amniótico (por lo tanto, no responde al sonido) los canales del oído interno son sensibles a la estimulación. Los orificios de la nariz se llenan de fluido al disolverse las células dérmicas que lo recubren, por lo que, tiene la posibilidad de oler hasta el momento de nacer.²⁷⁴

En el último trimestre, la piel del feto cambia al cubrirse por una sustancia grasosa blanquecina denominada vérnix caseosa; la longitud y peso del cuerpo ha incrementado porque el cráneo tiene mayor circunferencia que cualquier otra parte. Un feto extraído de la cavidad uterina en estos meses tiene mayor probabilidad de sobrevivir, puesto que los órganos se encuentran más desarrollados.

c) Parto (nacimiento)

La preparación para el parto²⁷⁵ comienza entre la semana 34 y 38, es decir, de manera exacta 266 días. No obstante, si el feto nace mucho antes se clasifica como parto prematuro (antes de las 34 semanas, momento en el cual, el feto tiene dificultad para sobrevivir) y si nace tiempo después se considera post maduro. El

²⁷² Cfr., *ibídem*, p. 125.

²⁷³ Un feto que nace en este mes tiene pocas probabilidades de sobrevivir, derivado de la falta de maduración de varios sistemas orgánicos, como lo es el aparato respiratorio y el Sistema Nervioso Central. Cfr., *ibídem*, p. 126.

²⁷⁴ Cfr., Newman, Barbara y Newman, Philip R., *op. cit.*, p. 81

²⁷⁵ La NOM-007-SSA2-2016 Para la atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, y de la persona recién nacida; define por parto "al conjunto de fenómenos activos y pasivos que permiten la expulsión del feto de 22 semanas o más por vía vaginal, incluyendo la placenta y sus anexos," mientras que, por cesárea se comprende "a la intervención quirúrgica que tiene por objeto, extraer el feto, vivo o muerto, de 22 semanas cumplidas o más, así como la placenta y sus anexos, a través de una incisión en la pared abdominal y uterina." Para el presente trabajo se utilizará el concepto de nacimiento que establece la citada NOM, dado que no hace distinción entre el nacimiento por parto o cesárea.

momento del parto se caracteriza por las contracciones uterinas, las cuales indican la expulsión del feto de esta cavidad.²⁷⁶

A)-II. Defectos congénitos

Las expresiones defectos congénitos, malformaciones y anomalías congénitas, suelen emplearse para aludir a los trastornos estructurales, funcionales, de la conducta y metabólicos; cabe mencionar que estos trastornos son estudiados desde la denominada teratología (del griego *teratos*, que significa monstruo).

a) Malformaciones

Se producen durante la etapa embrionaria cuando se forman las estructuras morfológicas. Pueden ser ocasionadas por factores ambientales o genéticos, o de ambos porque pueden actuar de manera independiente o simultánea.²⁷⁷

b) Disrupciones

Provocan alteraciones en la morfología una vez ya formadas y se deben a procesos destructivos.

c) Deformaciones

Son ocasionadas por una fuerza mecánica que moldea una parte de la corporeidad del feto durante un largo periodo. En la mayoría de los casos, cuando se presentan en el sistema musculoesquelético, pueden ser reversibles después del nacimiento.

²⁷⁶ Cfr., Sadler, T.W., *op. cit.*, p. 152.

²⁷⁷ La Norma Oficial Mexicana NOM-034-SSA2-2013, Para la prevención y control de los defectos al nacimiento, define en el punto 3.45 como malformación “al defecto morfológico mayor de un órgano o región del cuerpo, resultado de un proceso de desarrollo intrínseco anormal, que puede comprometer la vida o la función.”

d) Síndrome

Se refiere a un grupo de anomalías que se presentan al mismo tiempo y tienen una causa específica en común.

A)-III. Factores ambientales que ocasionan anomalías congénitas: agentes teratógenos

A principios del año 1940 todavía se creía que los defectos congénitos eran ocasionados sólo por factores hereditarios. Sin embargo, al estudiar la facilidad con la que algunos agentes infecciosos como la rubéola, atravesaban la barrera placentaria en las primeras semanas de gestación, causando graves anomalías en el embrión, se comenzaron a estudiar y asociar otros agentes con efectos teratogénicos, tal como los agentes químicos, agentes infecciosos virales, agentes físicos, algunas enfermedades maternas y carencias nutricionales.

a) Agentes químicos

Los fármacos y sustancias suelen vincularse con algunas anomalías en el cuerpo humano durante la gestación por su efecto teratógeno. Sin embargo, se distinguen de las malformaciones congénitas porque estas últimas derivan principalmente de mutaciones genéticas o alteraciones cromosómicas, aunque en algunos casos también se debe a los agentes ambientales.²⁷⁸

El Caso Contergan destaca entre los ejemplos que trata de explicar los alcances de un fármaco, cuya sustancia talidomida es un teratógeno durante el desarrollo gestacional. Comúnmente, la información sobre los efectos que puede ocasionar la administración de un medicamento durante el embarazo es proporcionada por el laboratorio farmacéutico (tal como sucedió con la empresa farmacéutica alemana *Grünenthal*). Es por ello que, no siempre se tiene la certeza

²⁷⁸ Cfr., Belmont Gómez, Aurora, "Farmacología en la paciente embarazada en estado crítico", en Hernández Pacheco, José Antonio, (comp.), Medicina crítica y terapia intensiva en obstetricia, Intersistemas, México, 2008, p. 151.

de sus consecuencias en el feto humano, ya sea por falta de información en su seguridad o por informes incompletos.

Aunque es difícil identificar la exposición a un fármaco o una sustancia durante la etapa prenatal porque depende del consumo y memoria que la persona gestante aporte para su valoración médica; la Administración de Alimentos y Medicamentos de Estados Unidos (FDA por sus siglas en inglés) elaboró una guía que clasifica a los agentes por su riesgo fetal, la cual, ha sido adoptada por la Secretaría de Salud en México desde el año 2000 para el Cuadro Básico y Catálogo de Medicamentos²⁷⁹ y es publicada por la Norma Oficial Mexicana NOM-007-SSA2-2016, para la atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, y de la persona recién nacida.

Factor de riesgo	Efecto teratogénico
A	No existe riesgo sobre el feto. Aprobado su uso en el embarazo.
B	No existe evidencia de riesgo en fetos humanos. Existe posible evidencia de toxicidad en animales.
C	El riesgo sobre el feto, en humanos, es desconocido. Existe evidencia definitiva de toxicidad fetal en animales.
D	Existe evidencia de daño sobre el feto. Puede utilizarse, en caso de que se justifique su beneficio y no exista otra alternativa.
X	Está contraindicado su uso durante el embarazo.

²⁷⁹ Cfr., ídem.

Existen fármacos o sustancias clasificadas 'X', es decir, contraindicadas durante el embarazo; sin embargo, no todas tienen un alcance de riesgo hasta la etapa fetal. Verbigracia, la talidomida es clasificada como 'X' por el daño evidente de malformaciones congénitas; sin embargo, la etapa de desarrollo gestacional más susceptible es la embrionaria, la cual se comprende a partir de la implantación del embrión en el endometrio hasta la octava semana de gestación (de acuerdo con el cómputo más exacto).

Para el presente trabajo (el cual se centra en los riesgos para la corporeidad y la salud del feto) se expondrán los fármacos y sustancias que por sus efectos teratogénicos representan un riesgo elevado en la etapa fetal, señalando únicamente aquellos clasificados con un factor de riesgo 'D' y 'X'.²⁸⁰

CATEGORÍA	FÁRMACO O SUSTANCIA	CLASIFICACIÓN (FDA)	TRIMESTRE	EFFECTOS EN EL FETO
Antibióticos	Tetraciclinas	D	Todos	Pigmentación y defecto de los dientes, alteraciones en el crecimiento de los huesos.
	Estreptomina	D	Todos	Sordera
Antiparasitarios	Quinina	X	Todos	Sordera
Anticonvulsivante	Difenilhidantoína	D	2o y 3o	Síndrome de la hidantoína fetal (hendiduras faciales)
	Ácido valproico	D	Todos	Defectos en el tubo neural, malformación cardiaca y en extremidades
	Trimetadiona	D	Todos	Anormalidad congénita múltiple

²⁸⁰ En esta investigación sólo he considerado los fármacos y sustancias que causan daños a la corporeidad o alteración a la salud, dado que, existen aquellos clasificados con un factor de riesgo 'X' porque ocasionan la muerte del producto de la concepción, tal es el caso del Misoprostol (fármaco gastrointestinal) y la Mifepristona (antiprogéstágeno) ambas comúnmente empleadas para la interrupción del embarazo.

CATEGORÍA	FÁRMACO O SUSTANCIA	CLASIFICACIÓN (FDA)	TRIMESTRE	EFFECTOS EN EL FETO
Antihipertensivos	Inhibidores de la enzima convertidora de la angiotensina (inhibidores de la ECA)	D	2o y 3o	Daño renal
Antidepresivos tricíclicos	Imipramina	D	3o	Deformación de los miembros
Anticoagulantes	Warfarina	X	2o y 3o	Enfermedad cardiovascular y del sistema nervioso central
Hormonas	Andrógenos	X	2o y 3o	Masculinización del feto femenino
Retinoides	Isotretinoína	X	Todos	Riesgo alto de malformaciones del sistema nervioso central, cara y oído
Ansiolíticos	Diazepam	D	Todos	Dependencia neonatal, fisura del paladar
Radiofármaco antitiroideo	Yodo radiactivo	X	Todos	Hipotiroidismo, bocio congénito
Estimulante	Tabaco	X	Todos	Retraso del crecimiento intrauterino, malformación congénita
Sedante	Etanol/alcohol	D	Todos	Riesgo de síndrome de alcoholismo fetal y defectos en el desarrollo neural relacionados con el alcoholismo (retardo en el desarrollo psicomotor, retraso mental) malformación en cara y otros órganos

Respecto a los efectos teratogénicos en el feto derivado de sustancias ilegales como la marihuana, cocaína, dietilamida del ácido lisérgico (LSD) y heroína,

no son claros. Los estudios correspondientes al consumo de estas drogas se han basado en entrevistas y datos proporcionados por la persona embarazada, por lo que es difícil estimar el daño específico de cada una de las sustancias, las cuales son consumidas frecuentemente en conjunto.²⁸¹ El ejemplo más claro es el consumo de LSD puro, en dosis moderadas ha demostrado que no tiene efecto teratogénico ni provoca daños congénitos en el feto.²⁸²

b) Agentes infecciosos virales

Son virus considerados altamente peligrosos porque logran atravesar la barrera placentaria y causar anomalías congénitas en quien está por nacer.²⁸³

Agentes infecciosos	Malformación congénita
Rubéola	Cataratas, sordera, defectos cardíacos y glaucoma.
Citomegalovirus	Ceguera, retardo mental, microcefalia (desarrollo insuficiente del cráneo), muerte fetal.
Herpes simple, varicela y el virus de inmunodeficiencia humana (VIH)	Retraso mental, microcefalia, atrofia muscular.
Toxoplasmosis (parásito <i>Toxoplasma gondii</i> encontrado en la carne poco cocida y la materia fecal de los gatos)	Hidrocefalia (exceso de líquido cefalorraquídeo en el cerebro), calcificaciones cerebrales (es el depósito de calcio en el cerebro).
Sífilis	Retardo mental, sordera.

²⁸¹ Briggs, Gerald G. et al., *Fármacos durante el embarazo y la lactancia. Guía de referencia sobre el riesgo fetal y neonatal*, 8a. ed., trad. de Gonzalo Claro Díaz, Lippincott, México, 2009, p. 766.

²⁸² Cfr., Sadler, T.W., *op. cit.*, p. 164.

²⁸³ Cfr., *ibidem*, pp. 160 y 161.

c) Agentes físicos

En esta clasificación se encuentra la radiación ionizante a la cual se está expuesta incluso durante valoraciones médicas mediante Rayos X. No obstante, el efecto teratogénico dependerá del tiempo expuesto a la radiación y a la etapa de desarrollo gestacional.

Aunado a lo anterior, se tiene conocimiento que las radiaciones derivadas de explosiones nucleares también son teratógenas.²⁸⁴

Agente físico	Malformación congénita
Rayos X	Microcefalia, defectos de los miembros, fisura del paladar, espina bífida (la médula espinal no se desarrolla correctamente ocasionando discapacidad motora, hidrocefalia, daño neurológico).

A)-IV. Atención médica del feto

En el ámbito médico se ha reconocido un campo importante de estudio del ser humano en desarrollo gestacional, la medicina fetal. Se caracteriza porque mediante ésta se previenen, detectan y corrigen enfermedades letales mediante métodos invasivos y no invasivos.

Es importante mencionar que la atención médica al feto se considera reciente porque data de finales de la mitad del siglo XX, cuando las primeras imágenes por ultrasonido permitían visualizar al feto y su crecimiento *in utero*. Fue hasta entonces cuando iniciaron las investigaciones acerca de algunas enfermedades y

²⁸⁴ Cfr., ibídem, p. 162.

malformaciones que anteriormente sólo se conocían en el nacimiento; de manera que, se amplió la posibilidad de diagnosticarlas y corregirlas durante la gestación.²⁸⁵

Por lo tanto, las enfermedades diagnosticadas al feto y su tratamiento médico se comprenden como aquellas que recibe cualquier otro enfermo y es por esta razón que las referencias al feto como paciente son más comunes en la literatura y en la práctica médica materno-fetal.

Aunque incluir la figura del feto como paciente ha originado dilemas tanto en la comunidad médica como en la sociedad por los aspectos éticos, legales y profesionales que esto representa, no se puede negar que la atención prestada al ser humano antes de nacer es independiente a la brindada a una persona embarazada.²⁸⁶

Actualmente las nuevas técnicas de imágenes y muestreo permiten conocer la anatomía fetal normal y anormal, así como corregir aquellas consideradas graves para el feto antes del nacimiento.

a) Técnicas de diagnóstico prenatal

En la medicina fetal se realizan diversos procedimientos para evaluar el crecimiento y desarrollo del feto en el útero, así como para detectar anomalías genéticas, malformaciones y, en general, complicaciones del embarazo. En ocasiones, conocer un desorden genético o una malformación en el feto permite aplicar medidas terapéuticas durante el embarazo, o bien, brindar a los padres la información necesaria para continuar o interrumpir el embarazo.

Para la detección temprana de anomalías o malformaciones durante el desarrollo gestacional se emplean las denominadas 'técnicas de diagnóstico prenatal' las cuales comprenden métodos invasivos y no invasivos.

²⁸⁵ Cfr., Harrison, Michael R. et al., *op. cit.*, p. 3.

²⁸⁶ Ídem.

a)-I. Métodos invasivos

Se refiere a procedimientos quirúrgicos que irrumpen en el interior del cuerpo de la persona embarazada y penetran en el lugar donde se desarrolla el feto o los tejidos a su alrededor ya sea la placenta, el útero y el cordón umbilical, y de ellos extraer material que se somete a análisis. Entre estos procedimientos se comprenden la amniocentesis, la biopsia de vellosidades coriónicas, la cordocentesis, fetoscopia y cirugía fetal (abierta).²⁸⁷

1. Amniocentesis: Consiste en la punción del *amnios*²⁸⁸ mediante una aguja insertada vía abdominal para extraer de 20 a 30 mililitros de líquido amniótico, es decir, el líquido en el cual flota el feto sujetado por el cordón umbilical. Sin embargo, debido a la cantidad de líquido que se extrae, este procedimiento se realiza alrededor de la semana 15 de gestación, sin riesgo de pérdida o daño fetal. Con la obtención de este líquido, se analizan factores bioquímicos que pueden utilizarse para estudios y análisis genéticos.²⁸⁹

Es importante advertir las complicaciones que pueden lesionar al feto durante este procedimiento, como es el traumatismo²⁹⁰ directo o la punción directa sobre el feto (punción en el hígado, tórax, cara) y hemorragia fetal.²⁹¹ Aunque el riesgo en esta técnica es potencial, los beneficios obtenidos los superan siempre que se realicen con la mayor preparación y cuidado.

2. Biopsia de vellosidades coriónicas: Consiste en la inserción de una aguja vía transabdominal o vaginal dentro de la masa placentaria y la obtención de tejido vellositario.²⁹² Las muestras regularmente se obtienen entre la semana 10 y 12 de gestación, con el propósito de analizar material genético en embarazos considerados de alto riesgo.²⁹³

²⁸⁷ Cfr., Sadler, T.W., *op. cit.*, pp. 172 y 173.

²⁸⁸ Véase *supra*, p. 86.

²⁸⁹ Cfr., Sadler, T.W., *op. cit.*, p. 173.

²⁹⁰ Ver nota al pie 123.

²⁹¹ Cfr., Cabero Roura, Luis y Saldivar Rodríguez, Donato, *Operatoria obstétrica: una visión actual*, Médica Panamericana, México, 2009, p. 8.

²⁹² Cfr., Sadler, T.W., *op. cit.*, p. 173.

²⁹³ Aunque no está confirmado, se ha alertado sobre el aumento de la incidencia de los defectos reduccionales de las extremidades después de realizado este procedimiento. Cfr., Gratacós, Eduard y Delgado J., *Procedimientos invasivos ecoguiados en medicina fetal*, Medicina Fetal, Médica Panamericana, México, 2007, p.82.

3. Muestra de sangre fetal (Cordocentesis): Este procedimiento consta de la punción del cordón umbilical con una aguja a través del abdomen materno y en la cual se obtiene una muestra de sangre fetal. Cabe mencionar que esta técnica invasiva se realiza entre las semanas 18 y 22 de gestación, por lo que supone un riesgo mayor de lesión o muerte del feto que otras técnicas como la amniocentesis, pero menor a la fetoscopia en la obtención de sangre fetal. No obstante, el riesgo depende principalmente de la experiencia del responsable de practicar esta técnica, dado que, la punción debe ser precisa, de lo contrario, se puede ocasionar una hemorragia fetal tras retirar la aguja, una bradicardia (ritmo cardíaco más lento de lo normal) grave e incluso la muerte fetal.²⁹⁴

4. Fetoscopia: Consiste en introducir un sistema óptico por vía abdominal y visualizar al feto. Es un método que se efectúa entre la semana 18 y 20 de gestación para precisar la existencia de una malformación sospechada durante la ecografía y valorar su corrección. Además, mediante la fetoscopia existe la posibilidad de practicar una cirugía fetal con la mínima invasión al útero, porque se realiza una intervención operatoria a través de un sólo punto de entrada y salida. Aunque es relevante señalar que las complicaciones fetales comprendidas en este procedimiento puede ser la muerte fetal y en casos poco frecuentes luxación congénita de cadera.²⁹⁵

5. Cirugía fetal (abierta): Este procedimiento, contrario a la fetoscopia, es practicado por medio de una histerotomía (incisión en la pared del útero) en la que se expone la anatomía fetal específica que se va a corregir. Por medio de esta técnica *in utero* se pueden realizar diversas correcciones en el cuerpo del feto; por ejemplo, eliminar el líquido de los órganos, reparación de hernias, lesiones pulmonares y espina bífida.²⁹⁶ Sin embargo, la complejidad que representa su práctica conlleva múltiples riesgos para el feto, derivada de las diversas intervenciones de especialistas, así como la amplia gama de habilidades que debe

²⁹⁴ Cfr., *ibídem*, p. 84.

²⁹⁵ *Ídem*.

²⁹⁶ En México se encuentra la Unidad de Investigación en Medicina y Cirugía fetal (en la que colabora la Universidad Nacional Autónoma de México) destinada a prevenir, detectar y corregir enfermedades letales en etapa fetal; cabe señalar, es la única en el país y el mundo. En el año 2017 se realizó de manera exitosa la primera neurocirugía fetal correctiva de espina bífida en un feto de 26 semanas de gestación; se confirmó la desaparición de ésta y el correcto desarrollo gestacional sin complicaciones para la madre. Véase al respecto, "Realizan en México la primera cirugía fetal correctiva de espina bífida," México, 08 de marzo de 2017, *Excelsior*, Disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/nacional/2017/03/08/1150880>

presentar un equipo médico; por lo que sólo debe practicarse en centros con el que se cuente con material, equipo y especialistas capacitados en distintas áreas.²⁹⁷

a)-II. Métodos no invasivos

Contrario a los métodos invasivos, los no invasivos son técnicas de diagnóstico que no causan daño al tejido materno ni perturban el espacio y las condiciones donde se desarrolla normalmente el feto. Entre los procedimientos que más destacan son la ecografía y el estudio del suero materno.

1. Ecografía: Es una técnica que emplea ondas sonoras de alta frecuencia reflejadas por los tejidos para crear imágenes. Permite visualizar al feto *in utero* entre la semana 20 y 22 de gestación en el que se determina su edad, crecimiento, presencia o ausencia de anomalías congénitas; así como la cantidad de líquido amniótico, la posición de la placenta, el flujo sanguíneo umbilical, entre otros aspectos.²⁹⁸

2. Estudio del suero materno: Esta prueba mide las concentraciones de alfafetoproteína (AFP) en el suero materno. La AFP es producida por el hígado fetal pero es hasta la semana 14 de gestación que llega a su mayor densidad y se transporta a la circulación materna por medio de la placenta. Las concentraciones de AFP pueden aumentar o disminuir dependiendo de la anomalía en el feto; por ejemplo, tratándose de defectos del tubo neural los niveles aumentan en el líquido amniótico, pero en el caso de síndrome de down, estas concentraciones disminuyen.²⁹⁹

A)-V. Conclusión respecto a la existencia de corporeidad y salud en la etapa fetal

En la ciencia médica se ha demostrado que el cuerpo humano y los órganos que forman parte de éste se desarrollan al comienzo del segundo trimestre; por lo

²⁹⁷ Cfr., Harrison, Michael R. et al., *El paciente prenatal: arte y ciencia de la terapia fetal*, 3a. ed., McGraw-Hill, México, 2002, p.5.

²⁹⁸ Cfr., Sadler, T.W., *op. cit.*, p. 170.

²⁹⁹ Cfr., *ibidem*, p. 172.

que la corporeidad humana antenatal y la correcta funcionalidad de los órganos pueden ser dañados o alterados, respectivamente, por agentes externos.

Por otra parte, la etapa embrionaria del ser humano también es susceptible a efectos teratogénicos (como la talidomida); sin embargo, en esta fase se desarrollan principalmente los tejidos de los órganos específicos que son precursores del cerebro, corazón, ojos, oídos y los brotes de las extremidades.

No obstante, es hasta el inicio de la etapa fetal que son reconocibles los caracteres primordiales morfológicos externos del cuerpo, así como la funcionalidad de algunos órganos; de tal manera que, se estimaría como lesión de acuerdo con lo estudiado en el campo de la medicina y el Derecho.

Como se explicó en el punto 1.1. de este trabajo (la discusión jurídica derivada por el Caso Contergan) la importante jurista alemana Ingeborg Tepperwien manifestó que el daño o destrucción de la predisposición del feto para desarrollar funciones o capacidades es una lesión de una función actual, (se afecta al feto) que imposibilita una función futura (en la persona nacida).³⁰⁰ Contrario a la opinión del destacado abogado alemán Reinhart Maurach, quien en un principio negaba la existencia de funciones corporales en el feto y, por lo tanto, la inexistencia de un menoscabo a su salud³⁰¹ (señalamientos que fueron considerados durante el proceso Contergan y los cuales apoyó el *LG Aachen* para determinar que el feto no podía ser objeto de lesiones por no gozar de salud).

En mi opinión, el ser humano en desarrollo gestacional tiene corporeidad y salud a partir de la etapa fetal. Es decir, estimar la predisposición de tejidos para la formación de órganos, la cual existe en la etapa embrionaria; o bien, partir de la idea de tutelar la integridad corporal y la salud desde células germinales, es imposible de acuerdo con lo que se pretende proteger; el cuerpo humano y la funcionalidad de éste.

Aunado a lo anterior, las técnicas de diagnóstico prenatal empleadas para detectar anomalías genéticas, malformaciones y, en general, complicaciones del embarazo, están recomendadas a partir de la fase fetal en la que es posible fijar la

³⁰⁰ Cfr., Ramón Ribas, Eduardo, *op. cit.*, p. 175.

³⁰¹ *idem.*

gravedad de un daño corpóreo o enfermedad. Incluso el Código Penal aplicable en la Ciudad de México, el cual no penaliza la interrupción voluntaria del embarazo hasta la décima segunda semana de gestación (término correspondiente a la etapa embrionaria del desarrollo gestacional), excluye de responsabilidad penal por el delito de aborto en la fracción III correspondiente al numeral 148 “cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo [...]”.³⁰² Es decir, se comprende que es durante el periodo fetal cuando se determinan los daños corpóreos o alteraciones en la salud del ser humano en gestación, el aborto puede ser practicado sin que se imponga la pena correspondiente por este delito; lo que denota en el entorno jurídico la aceptación de la integridad corporal y la salud en el feto, y no en el embrión.

B) Objeto material

Consiste en la persona o el objeto sobre el que recae el daño o peligro como consecuencia del ilícito. Al tratarse de una persona física, se comprende que coincide tanto el sujeto pasivo como el objeto material del delito en una misma figura, tal como se presenta en los delitos de homicidio y lesiones.

Cuando el daño recae en un objeto o cosa, éste es el objeto material; se entiende para este caso que la cosa es un bien mueble o inmueble.³⁰³

En el delito que se propone el objeto material lo será (al igual que el sujeto pasivo) el feto en sentido técnico; es decir, el producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno.

³⁰² Artículo 148. Código Penal para la Ciudad de México. *op.cit.*

³⁰³ Véase al respecto, artículos 750- 763 Código Civil Federal.

4.2.2. Estudio Dogmático

4.2.2.1. Conducta y su ausencia

A) Conducta

Para que el delito exista deben considerarse los elementos que lo conforman, uno de ellos es la conducta, se refiere al comportamiento humano que puede ser voluntario o involuntario, esta última también puede tener consecuencias jurídicas.³⁰⁴

En materia penal es relevante el estudio de la conducta desde dos aspectos: el de acción (hacer) y omisión (no hacer).

A)-I. Acción

Consiste en el hacer o actuar de un sujeto activo mediante uno o varios movimientos corporales, con la finalidad de conseguir un resultado, ya sea la manifestación en el mundo exterior o el peligro de producirse. Para ejemplificar lo anterior, el Doctor en Derecho López Betancourt cita lo siguiente: “Si ‘A’ dispara un tiro contra ‘B’ y lo mata realiza la acción; también hay acción cuando ‘A’ dispara sobre ‘B’ fallando el tiro. En el primer caso hubo modificación del mundo exterior (muerte de ‘B’) en el segundo sólo existió peligro de ella, pero en ambos hubo un resultado (muerte o peligro de ella) y, por tanto, acción delictuosa.”³⁰⁵

En la acción se identifican elementos como son la voluntad, la cual se refiere a la intención del individuo por cometer el delito; la actividad, como el movimiento corporal para realizar el ilícito; el resultado, es propiamente la consecuencia de la conducta; y el nexo de causalidad, que es la vinculación entre la conducta y el resultado el cual debe ser material, es decir, al efectuar la conducta delictiva ésta

³⁰⁴ Cfr., Amuchategui Requena, Griselda, *op. cit.*, p. 53.

³⁰⁵ López Betancourt, Eduardo, *Delitos en particular. Tomo I*, 12a. ed., Porrúa, México, 2004, p. 28.

debe ser por medios idóneos materiales, por lo que, quedan excluidos los considerados espirituales o morales.³⁰⁶

En el delito que se propone en el presente trabajo y se ha denominado ‘lesiones al feto’, la conducta consiste en dañar la integridad corporal o alterar la salud del producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno. Estas lesiones son ocasionadas por la acción del sujeto activo quien puede ser el profesional de la salud, la persona embarazada o cualquier otra persona física.

A continuación se expondrán ejemplos de conductas de acción que lesionan al feto:

a) Conducta de acción por el profesional de la salud

Se comprende al profesional de la salud como la persona que ha tenido una formación en el campo de la salud, por ejemplo el médico, el especialista, el enfermero, entre otros, además la legislación mexicana exige que tengas estudios profesionales acreditados y acreditables; aunque para este proyecto de investigación, es principalmente el médico especialista el responsable de la atención médica a la persona embarazada.

La conducta de acción por un profesional de la salud que recae en un feto puede presentarse en distintas situaciones como es durante el embarazo por la prescripción de un fármaco con efecto teratogénico (agente químico), en la práctica de un procedimiento invasivo (técnicas de diagnóstico prenatal) o en el trabajo de parto (agente mecánico)

Prescripción de fármacos con efecto teratogénico: Como se mencionó anteriormente, los agentes químicos como factores ambientales que causan anomalías congénitas, existen fármacos cuyo nivel de riesgo para el feto es considerado alto derivado de los graves daños en el cuerpo o alteración en el funcionamiento de los órganos durante la gestación. De tal manera que, el médico responsable de prescribir o administrar a una persona gestante un fármaco

³⁰⁶ Cfr., Amuchategui Requena, Griselda, *op. cit.*, p. 54.

comprendido en esta clasificación, debe considerarse como una conducta que lesiona al feto en el delito propuesto.

Procedimiento invasivo: Los métodos invasivos como parte de las técnicas de diagnóstico prenatal (explicadas anteriormente) son procedimientos que se emplean durante la etapa fetal y, por tanto, el riesgo de lesión o muerte del feto es elevado. Por ejemplo, en la cordocentesis el peligro de ocasionar una lesión al feto dependerá de la experiencia del operador, dado que, al considerarse una técnica precisa se debe evitar ocasionar una hemorragia fetal o una bradicardia (ritmo cardíaco más lento de lo normal). De igual manera, el riesgo de ocasionar un traumatismo directo sobre el feto durante la amniocentesis o; la complejidad que conlleva la cirugía *in utero*, derivada de las diversas intervenciones del equipo médico conformado por distintos especialistas, los centros apropiados para su práctica y el material necesario son determinantes para evitar el daño en la integridad corporal y la salud del ser humano en gestación.

Trabajo de parto: Es relevante recordar que en México la multicitada NOM-007-SSA2-2016 Para la atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, y de la persona recién nacida; define al nacimiento como “la expulsión completa o extracción del organismo materno del producto de la concepción. Término empleado tanto para nacidos vivos o defunciones fetales.” De tal manera que, el ser humano en gestación es considerado feto hasta no ser expulsado o extraído completamente del cuerpo de la madre o en otras palabras, de la cavidad uterina.

Dicho lo anterior, durante el trabajo de parto el profesional de la salud en situaciones específicas emplea instrumentos (agentes mecánicos externos) para facilitar el nacimiento del feto, tal es el caso del fórceps, espátulas e incluso la cesárea, los cuales manifiestan sus efectos negativos dependiendo de la fuerza de tracción y compresión ejercidas sobre el feto.³⁰⁷

Como se mencionó en la nota 123 de este trabajo, un traumatismo es el equivalente a lesión, por ello los traumatismos obstétricos se refieren a “las lesiones

³⁰⁷Cfr., Ruiz Campillo César y Salcedo Abizanda, Salvador, “Lesiones neonatales secundarias a la tocurgia”, en Cabero Roura, Luis y Saldivar Rodríguez, Donato (comp.), *op. cit.*, p.296.

evidenciables en los recién nacidos que se producen como consecuencia de la instrumentación necesaria para facilitar el parto.”³⁰⁸

Entre las lesiones al feto asociados al uso de fórceps se encuentran las lesiones nerviosas (parálisis facial obstétrica), lesiones craneales (fractura de los huesos craneales) y extracraneales (según su localización respecto a la piel); los desgarros suelen estar relacionados con el uso de espátulas; mientras que, las lesiones de la piel, lesiones nerviosas y craneales, también han sido observadas durante la práctica de la cesárea.^{309 310}

La importancia de advertir la responsabilidad del profesional de la salud en esta práctica es consecuencia de la amplia experiencia que debe tener éste en el manejo de instrumentación durante el trabajo de parto. El uso de espátulas, por ejemplo, es una técnica empleada por profesionales de la salud de manera similar a los fórceps, sin embargo, el incorrecto manejo de estas ha ocasionado resultados adversos en el feto. Asimismo, debe optar por abandonar la aplicación de fórceps cuando existan complicaciones que exijan indicar la práctica de la cesárea y no incurrir en el problema más frecuente como lesionar al feto o la persona embarazada.

b) Conducta de acción por la persona embarazada

Como se mencionó en párrafos anteriores, el feto goza de corporeidad y salud de manera independiente al de la persona embarazada, no sólo desde el punto de vista médico, sino también desde el entorno jurídico, al aludir en diversos preceptos constitucionales y ordenamientos, medidas específicas que salvaguardan la salud del que denominan ‘producto de la concepción.’

No obstante, la falta de regulación en la norma penal para evitar conductas que puedan dañar o alterar la integridad corporal o salud del feto, incrementa el

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 295.

³⁰⁹ *Cfr.*, *ibidem*, pp. 296-300.

³¹⁰ En Mexicali, Baja California, médicos cirujanos cortaron accidentalmente la oreja de un bebé durante una cesárea, misma que practicaron alumbrados por las linternas de los celulares del personal médico, consecuencia de la ausencia de energía eléctrica en el Hospital. Véase al respecto, “Médicos se quedan sin luz en una cesárea y cortan la oreja a un bebé,” México, 17 de junio de 2022, Revista Proceso, Disponible en: <https://www.proceso.com.mx/nacional/2022/6/17/medicos-se-quedan-sin-luz-en-una-cesarea-cortan-la-oreja-un-bebe-287962.html>

riesgo de que sea la propia persona gestante quien incurra en acciones que aun siendo ocasionadas en su cuerpo o salud pueden lesionar al feto.

Abuso fetal: El abuso fetal o maltrato prenatal, es una variación de lo que se comprende en la jerga médica como síndrome de niño maltratado, es decir, cuando “un menor [presenta] una serie de lesiones o un comportamiento que haga suponer que fue víctima de malos tratos.”³¹¹

El abuso fetal o maltrato prenatal citado por el Especialista en Pediatría, Loredó Abdalá, lo describe como “todo acto, que de manera intencional o negligente, afecte al producto de la gestación en cualquiera de sus etapas. Puede causarlo directamente la madre, otro miembro de la familia, el médico o alguna persona que tenga ingerencia [sic] con el embarazo.”³¹²

Otro concepto de maltrato prenatal, el cual cita la Federación Mexicana de Ginecología y Obstetricia, lo señala como “cualquier acto que de manera intencional o negligente puede lesionar al embrión o feto. Se maltrata al feto cuando la embarazada no lleva control prenatal de manera adecuada, consume drogas legales (tabaco, alcohol) o ilegales (marihuana, cocaína, inhalantes u otras sustancias) se induce al aborto, o se maltrata físicamente a la embarazada.”³¹³

También se describe “cuando una mujer en periodo de gestación no se procura, de forma consciente o no, las atenciones necesarias que su estado pide y esto perjudica al feto. La situación más evidente es la del hijo de madre adicta a drogas, pero también la alimentación incorrecta o deficitaria, el ritmo de trabajo exagerado y/o la falta de control del embarazo, entre otros.”³¹⁴

Por lo explicado con anterioridad respecto al bien jurídico protegido en el delito planteado, se considera para el presente trabajo que lo correcto sería denominar esta clasificación de maltrato como abuso o maltrato fetal; dado que, es el ser humano en etapa fetal al que se lesiona, no al embrión. Aunque el concepto

³¹¹ Loredó Abdalá, Arturo, “*Diversas formas de maltrato infante -juvenil*”, en Loredó Abdalá, Arturo (ed.), *Maltrato en niños y adolescentes*, Textos mexicanos, México, 2004, p. 17.

³¹² *Ibidem*, p. 151.

³¹³ Ramos Gutiérrez, Ruth Yesica et al., “*Embarazo en adolescentes como factor de riesgo para maltrato fetal*”, *Ginecología y Obstetricia de México*, vol. 77, núm. 7, julio 2009, México, p.312.

³¹⁴ Domingo, Francesc, “*El niño maltratado*”, en Bras Marquillas, Josep et al., *Pediatría en atención primaria*, Springer- Verlag Ibérica, Barcelona, 1997, p. 398.

de maltrato prenatal señala la lesión que sufre el embrión, irónicamente sólo describe la lesión al feto resultado de la conducta de la madre.

Es importante destacar que, aunque algunos autores comprendan como responsable en el concepto de abuso fetal a médicos, familiares de la persona embarazada o cualquiera que tenga injerencia con el embarazo; es regularmente a la persona gestante a quien se le atribuyen conductas tendentes a lesionar al feto.

Por lo que respecta a las conductas específicamente de la persona embarazada que lesionan al feto, se encuentra el consumo durante el embarazo de sustancias con efectos teratogénicos y la automedicación de fármacos catalogados con 'X' de acuerdo a la clasificación de la FDA de Estados Unidos por su alto riesgo para el feto.³¹⁵ Las principales consecuencias del abuso fetal son el retraso mental, retardo en el crecimiento intrauterino, malformaciones congénitas, síndrome de abstinencia (derivado del consumo de alcohol y sustancias ilegales) y en el peor de los casos, la muerte fetal.³¹⁶

c) Conducta de acción por cualquier otra persona física

Como se explicó anteriormente, en el abuso fetal no sólo interviene la conducta de la persona gestante o del profesional de la salud, el responsable de ocasionar una lesión al feto también puede ser una persona distinta a las mencionadas.

Al respecto, la Doctora en Derecho Amuchategui Requena, menciona lo siguiente: “también puede ocurrir que un tercero dé a beber a una embarazada alguna sustancia que afecte al producto, lo cual podrá observarse cuando éste nazca.”³¹⁷

Sin embargo, no sería el único ejemplo en el que un tercero provoque un daño en la integridad corporal o salud al ser humano en etapa fetal.

De acuerdo con lo estudiado por la ciencia médica, la persona embarazada que sufre un traumatismo durante el primer trimestre tiene menor posibilidad de vida

³¹⁵ Véase *supra*, pp. 90-92.

³¹⁶ Cfr., Ramos Gutiérrez, Ruth Yesica et al., *op. cit.*, p. 312.

³¹⁷ Amuchategui Requena, Griselda, *op. cit.*, p. 249.

que el embrión, debido a que este último se encuentra protegido por los huesos pélvicos, el útero y el líquido amniótico. Por el contrario, en el segundo y tercer trimestre correspondientes a la etapa fetal, el ser humano en gestación es aún más vulnerable, dado que, el útero sobrepasa los límites pelvianos. Por ello, los traumatismos en la persona embarazada durante este periodo ocasionado por distintas causas como lesiones penetrantes, caídas, accidentes vehiculares o violencia física tienen importantes consecuencias en la corporeidad y salud fetal.

A)-II. Omisión

Cometer un ilícito por omisión es no hacer o dejar de hacer una actividad de manera voluntaria, teniendo la responsabilidad de hacerla. La omisión se divide en simple o comisión por omisión.³¹⁸

a) Omisión simple

Tal como lo describe Amuchategui Requena “consiste en no hacer lo que se debe hacer, ya sea voluntaria o culposamente, 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.”³¹⁹

b) Comisión por omisión

Consiste en “un no hacer voluntario culposo, cuya abstención produce un resultado material, y se infringen una norma preceptiva y otra prohibitiva; por ejemplo, abandono de la obligación de alimentar a los hijos, con lo que se puede causar la muerte de éstos.”³²⁰

³¹⁸ Cfr., López Betancourt, Eduardo, *op. cit.*, p. 28.

³¹⁹ Amuchategui Requena, Griselda, *op. cit.*, p. 55.

³²⁰ *Ibidem*, p. 56.

A diferencia de la simple omisión, en la comisión por omisión debe existir un resultado material y la relación con el nexo causal, es decir, debe comprobarse que la consecuencia corresponde a la conducta de quien comete el delito.

Las formas de comisión del delito que se han explicado se fundamentan en los artículos 7o y 15 del Código Penal Federal y el Código Penal para la Ciudad de México, respectivamente. En ellos se menciona el principio de acto, el cual establece que el delito sólo puede realizarse por acción u omisión.

En el delito propuesto de 'lesiones al feto' se considera que existe la conducta de comisión por omisión (por la persona embarazada o por el profesional de la salud) puesto que, es necesario que se produzca un resultado, en este caso sería la lesión ocasionada al feto.

c) Comisión por omisión de la persona embarazada: cuidados prenatales

La persona gestante debe iniciar los cuidados prenatales tan pronto como tenga conocimiento del embarazo, dado que, estos evitan comprometer su salud y la del feto.

Entre los cuidados prenatales de mayor importancia se comprenden las visitas al médico (de acuerdo con la OMS deben empezar antes de las 20 semanas de gestación para considerarse una gestación controlada); la alimentación, conforme avanza el embarazo y las necesidades nutrimentales que requiere el feto; el ejercicio debe ser moderado o adaptado a las especificaciones de la gestante; la abstención del consumo de sustancias con efecto teratogénico como el alcohol, el tabaco o las consideradas ilegales.³²¹

d) Comisión por omisión del profesional de la salud

El profesional de la salud tiene entre sus principales compromisos velar por la salud de los seres humanos, aun cuando éste se encuentre en desarrollo gestacional. En consecuencia, cualquier conducta basada en un "no hacer" por

³²¹ Cfr., González Merlo, J., *Obstetricia*, 4a. ed., Masson, Barcelona, 1995, pp.199-203.

parte del profesional de la salud que lesione al feto, debe ser estimado en este análisis de los elementos positivos del delito.

B) Ausencia de conducta

Se considera el aspecto negativo del delito porque contrario a lo comprendido en la conducta no hay voluntad en los movimientos corporales para cometer un ilícito. Existen situaciones específicas en las que se identifica la ausencia de conducta como lo es: *vis absoluta* (fuerza física superior e irresistible), *vis maior* (fuerza mayor), movimientos reflejos, sueño, hipnotismo y sonambulismo.

1. *Vis absoluta* (fuerza física superior e irresistible): Como lo refiere su denominación, es la fuerza física superior e irresistible que ejerce un sujeto sobre otro contra su voluntad, provocando que incurra en un delito. Es decir, el sujeto realiza la acción u omisión sólo porque es impulsado por otro sujeto por medio de una fuerza física y material que no puede impedir. Bajo esta circunstancia, no se considera que un individuo ejecute un ilícito, puesto que, no hay ánimo en el individuo, o bien, el elemento de la conducta.

2. *Vis maior* (fuerza mayor): La *vis maior* es la fuerza mayor que, contrario a la *vis absoluta*, deriva de la naturaleza, es decir, de un acontecimiento natural como lo es un terremoto, un huracán, entre otros. El sujeto que realiza una actividad o inactividad originado por una fuerza mayor no es considerado responsable de cometer el delito, dado que, no existió voluntad en él para efectuarlo.

3. Movimientos reflejos: Son los movimientos que tienen su origen en el sistema nervioso humano y pueden ocasionar que el sujeto que lo padece realice una acción u omisión sin voluntad, por lo que, de acuerdo con la norma penal, no es responsable del ilícito. No obstante, si el sujeto voluntariamente controla estos movimientos, se estimará la conducta reprochable.

4. Sueño: Es el estado inconsciente temporal e indispensable para el ser humano, mismo que, no imputa responsabilidad en un delito, pero si éste se induce

de manera imprudente por el sujeto que comete el ilícito, será sancionado conforme lo indique la ley penal.

5. Hipnotismo: El hipnotismo es un estado de inconsciencia temporal en el cual se puede incurrir en una conducta sancionable. La diferencia con el estado del sueño se centra en las técnicas o procedimientos empleados por un sujeto para lograr el control de los movimientos corporales de otro, quien se presume comete el delito.

6. Sonambulismo: Es considerada una enfermedad del sistema nervioso en el ser humano, la cual se caracteriza por realizar de manera inconsciente conductas involuntarias.³²²

En el delito de ‘lesiones al feto’, se pueden presentar todos los casos de ausencia de conducta en el sujeto activo, sea la persona gestante, el profesional de la salud o cualquier otra persona física; en consecuencia, no se sancionará al sujeto activo.

4.2.2.2. Tipicidad (Clasificación del tipo penal y sus elementos) y atipicidad

A) Tipicidad

Como parte de este trabajo se ha planteado la posibilidad de proteger la integridad corporal y la salud del feto mediante el proyecto del Tipo Penal que establezca una sanción a quien ocasione un daño en la corporeidad o alteración en la funcionalidad de este. Con anterioridad se describió (como propuesta) el Tipo Penal de las lesiones al feto, el cual especifica las circunstancias bajo las que se aplica una pena determinada.

Lo antes expuesto es importante, dado que, la tipicidad se refiere a “la adecuación de la conducta al tipo penal”³²³, es decir, el comportamiento humano (conducta) debe encuadrar con la descripción legal de un delito plasmado en la ley penal (Tipo Penal).

³²² Cfr., López Betancourt, Eduardo, *op. cit.*, pp. 31 y 32.

³²³ *idem.*

Aunado a lo anterior y retomando el citado numeral 14 de la Carta Magna, en su párrafo tercero se manifiesta que: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”. En el mismo sentido, el artículo 2o del Código Penal para la Ciudad de México, expresa el principio de tipicidad al indicar que, “no podrá imponerse pena o medida de seguridad si no se acredita la existencia de los elementos de la descripción legal del delito de que se trate.”³²⁴

De tal manera que, si la conducta no corresponde a lo señalado en el Código Penal para la Ciudad de México como un ilícito, no existirá pena que sancione a la misma.

En el caso del planteamiento del Tipo Penal al que he denominado ‘lesiones al feto’, se debe cumplir todos los elementos que se mencionan; de tal manera que, será necesario se presente por causas externas un daño en la integridad corporal o alteración en la salud del sujeto pasivo, en este caso lo será específicamente el feto, definido como el producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del embarazo.

A)-I. Clasificación del Tipo Penal

La clasificación del Tipo Penal auxilia en el estudio del delito porque en ésta se ubican las características específicas de las conductas reprochables y facilita las diferencias que versan entre ellas.³²⁵ Por lo tanto, la propuesta del Tipo Penal de ‘lesiones al feto’ se ordenará de acuerdo con sus particularidades.

a) Por su composición

Se refiere a los elementos objetivos, subjetivos o normativos que se establecen en la descripción legal y para su estudio se subdivide en normales y

³²⁴ Artículo 2o. Código Penal para la Ciudad de México. *op.cit.*

³²⁵ Cfr., Amuchategui Requena, Griselda, *op. cit.*, p. 62.

anormales. Los primeros se refieren a la descripción legal conformada sólo por elementos objetivos; mientras que los segundos alude al Tipo Penal que hace referencia a elementos objetivos, subjetivos o normativos.

El Tipo Penal de 'lesiones al feto' está conformado sólo por elementos objetivos, es decir, no se menciona el elemento subjetivo expresado como "al que con ánimo", "a quien con la intención." De la misma manera, no se establece el elemento normativo, esto es "sin motivo justificado" o "a quien indebidamente." En consecuencia, este Tipo Penal por su composición es clasificado normal.

b) Por su ordenación metodológica

Los Tipos Penales pueden ser fundamentales o básicos, especiales y complementados.

Fundamentales o básicos. Son independientes y se conforman por una sola conducta ilícita, además son la base para otros Tipos Penales con el mismo bien jurídico tutelado.

Especiales. Ocurre cuando al Tipo Penal básico se le adiciona una característica o elemento que le da autonomía, es decir, los hace distintos al fundamental por la singularidad en el sujeto que comete el ilícito y el sujeto en quien recae.

Complementado. Se caracteriza cuando la descripción legal fundamental además se expresan circunstancias que agravan o atenúan la pena. A diferencia de los especiales, estos Tipos Penales no son autónomos.

Conforme con la descripción legal de 'lesiones al feto', se clasifica como fundamental o básico, puesto que, es independiente y requiere cumplir una sola conducta ilícita que es lesionar al feto.

c) Por su autonomía o dependencia

Pueden hallarse por sí solos o porque dependen de otro Tipo Penal. Es autónomo cuando existen sin necesidad de que se realice otro delito; es dependiente, si es indispensable que se realice otro ilícito para su existencia.

En el Tipo Penal que atañe al presente trabajo se debe clasificar como un delito autónomo porque no depende de la existencia de otro Tipo Penal, únicamente se debe cumplir con la exigencia de lesionar al feto para que se configure el delito.

d) Por su formulación

El Tipo Penal se puede formular dependiendo de las hipótesis planteadas y su ejecución, por lo que se divide en casuístico y amplio.

Casuístico: Cuando en el Tipo Penal se expresan distintas posibilidades para la realización del delito. Se subdividen en alternativos y acumulativos; los primeros se refieren a la ejecución de una de las hipótesis que describe la norma; mientras los segundos, exigen el cumplimiento de todas las posibilidades que se plantean en la descripción legal.

Amplio: El Tipo Penal no especifica un medio para la realización del delito, basta con que se dañe el bien jurídico protegido.

La descripción legal de 'lesiones al feto' no expresa las posibilidades de realización del delito; en consecuencia, la clasificación por su formulación es amplio.

e) Por el daño

Los Tipos Penales se clasifican también por el daño que causan al bien jurídico tutelado, pueden ser de lesión o de peligro.

Lesión: Cuando se perjudica de manera inminente al bien jurídico protegido.

Peligro: Contrario a los de lesión, sólo se pone en peligro el bien jurídico sin que se manifieste el resultado.

El Tipo Penal que se propone en el presente trabajo se clasifica como lesión porque se debe manifestar el daño al bien jurídico tutelado, en este caso, es el daño a la integridad corporal o la alteración a la salud del feto.

A)-II. Elementos objetivos, subjetivos y normativos

La conducta típica se integra por 3 elementos: objetivos, subjetivos y normativos, mismos que requieren ser analizados de manera conjunta para determinar el elemento que tiene mayor importancia que otro.

Por ejemplo, en los delitos de acción tendrá mayor importancia el elemento objetivo que el normativo, pero en los de omisión será el normativo el de mayor presencia, en tanto, los de tentativa será el elemento subjetivo el que tenga mayor relevancia.³²⁶

En relación con lo anterior, el Código Nacional de Procedimientos Penales en el numeral 406 párrafo octavo, respecto a la Sentencia Condenatoria, menciona que ésta hará referencia a los elementos objetivos, subjetivos y normativos del Tipo Penal correspondiente.³²⁷

Para comprender cada uno de los elementos que integran la conducta típica, se explicará a continuación cada uno de ellos.

a) Elemento objetivo

El elemento objetivo tiene mayor importancia en los delitos de acción (voluntad) y de resultado (nexo causal), porque la conducta se describe en la ley a través del uso de verbos de acción; por ejemplo, privar, inferir, apoderarse, etc. Además, el resultado que produce esta conducta, en la mayoría de los casos, es perceptible por los sentidos y tienen la característica de ser tangibles, externos o materiales; verbigracia, muerte, lesión o pérdida del dominio de una cosa.³²⁸

³²⁶ Cfr., Díaz Aranda Enrique, *Lecciones de Derecho Penal (para el nuevo sistema de justicia de México)*, STRAF, México, 2014, p. 53.

³²⁷ Véase al respecto, artículo 406 Código Nacional de Procedimientos Penales.

<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=jo1MZB7Tk4MkDjL7X1mKvZ7VGGAAaKE3dzuqJNXtJfLc4hxuTSk92lqxijWf8Msea>

³²⁸ Cfr., Díaz Aranda Enrique, *op. cit.*, p.55.

Respecto al delito propuesto en el presente trabajo, se consideró plasmar en la descripción legal la acción de lesionar al feto; en consecuencia, causarle un daño en la integridad corporal o alteración en la salud por causas externas, conlleva el elemento objetivo de la conducta típica.

b) Elemento subjetivo

Los elementos subjetivos pertenecerán al mundo síquico del agente, es decir, se identificarían como intangibles, inmateriales, sin embargo, se pueden percibir por medio de los sentidos.

El dolo y la culpa³²⁹, son elementos que se hallan constituidos siempre por la voluntad dirigida al resultado, pero son considerados títulos de imputación subjetiva que acepta la conducta típica como regla genérica el Código Penal, bien suelen denominarse elementos subjetivos genéricos, dado que también existen otros elementos subjetivos que son específicos.

Es preciso mencionar, no en todos los Tipos de delitos existen el elemento subjetivo específico, sólo en el que el legislador ha señalado mediante palabras determinadas, por ejemplo: el fin de, para lograr, con el deseo de, entre otros, porque denotan el ánimo, la intención o el propósito del sujeto activo para cometer el delito.³³⁰

Las descripciones legales que incluyen en su redacción esta especificación en la conducta de quien comete el delito, es sumamente necesario comprobar este elemento para encuadrar la conducta descrita con la acción del sujeto activo.

De acuerdo con la descripción legal que propongo para el delito de 'lesiones al feto', considero que en ésta se identifica el elemento subjetivo genérico (dolo y culpa), no así el específico.

³²⁹ Véase *infra*, pp. 129-132.

³³⁰ Cfr., Díaz Aranda Enrique, *op. cit.*, p.81.

c) Elemento normativo

Este elemento se caracteriza porque requiere la valoración del juez para la aplicación acertada de la ley, apoyado de diversas esferas para complementar su determinación respecto a una situación específica; en este elemento predomina la valoración que no resulta perceptible por medio de los sentidos.

Los elementos normativos forman parte de los Tipos Penales y se valoran de acuerdo con la experiencia y conocimiento que proporcionan.

Existen dos clases de elementos normativos, los de valoración jurídica y los de valoración cultural. Los primeros, remiten a una norma jurídica para comprender su contenido; mientras los segundos, se determinan de acuerdo con los usos y costumbres de una sociedad.³³¹

En relación con la propuesta del delito de 'lesiones al feto', considero que el elemento normativo es el más relevante para comprender desde una semblanza jurídica el término de embarazo y su interrupción, embrión y feto, producto de la concepción, incluso, términos como lesión, daño y alteración en la salud, primordiales para el desarrollo de este trabajo, y los cuales fueron debidamente definidos en el Capítulo II.

B) Atipicidad

La atipicidad es el aspecto negativo de la tipicidad, es decir, por este último término se comprende 'la adecuación de la conducta al tipo penal', por lo tanto, la atipicidad será entendida como "la no adecuación de la conducta al tipo penal, lo cual da lugar a la no existencia del delito."³³²

Como se explicó con anterioridad, el Tipo Penal es la descripción legal de un delito plasmado en la ley penal, no obstante, ésta debe integrarse por elementos específicos que exigen sean cumplidos para considerarse un ilícito y por tanto,

³³¹ Cfr., Calderón Martínez, Alfredo T., "Teoría del delito y juicio oral. Juicios Orales", UNAM-INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, México 2016, núm. 23, pp.17 y 18.

³³² Amuchategui Requena, Griselda, *op. cit.*, p. 69.

sancionables conforme lo determine la norma penal. De manera que, si el Tipo Penal establece requisitos y no se satisfacen, se comprenderá la conducta atípica.

Es importante esclarecer la diferencia entre atipicidad y ausencia de Tipo, puesto que, en la primera, existe en el ordenamiento jurídico el delito pero la conducta no encuadra con él; mientras que, en la segunda, se refiere a la inexistencia de una descripción legal, es decir, en el ordenamiento jurídico no hay Tipo Penal respecto a una conducta determinada; en consecuencia, no habrá pena que imponer.

Actualmente el delito de 'lesiones al feto' en el Código Penal para la Ciudad de México es inexistente porque no se establece una descripción legal; sin embargo, en el Tipo Penal sugerido para que sea adicionado en el contenido de este Código, se pueden identificar los elementos específicos exigidos y determinar si corresponde la atipicidad.

En la propuesta del delito de 'lesiones al feto', la conducta será atípica cuando no encuadre en la descripción legal por no cumplir con la exigencia del elemento temporal, es decir, la gestación. Asimismo, habrá atipicidad si no es manifestado el resultado típico, bien, el daño en la integridad corporal o la alteración a la salud; verbigracia, el resultado ocasionado es la muerte del feto, será una conducta atípica del delito de lesiones al feto, pero típica del delito de aborto. En tanto, al supuesto de alteración a la salud que no sea por causas externas, ésta será atípica si no fue alterada por tales causas.

Por lo que respecta a la calidad específica del sujeto pasivo en este delito, es precisa, debido a que siempre será el feto, definido como el producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno.

4.2.2.3. Antijuridicidad y causas de justificación

A) Antijuridicidad

Partiendo del vocablo 'jurídico' el cual significa "que atañe al derecho o se ajusta a él"³³³ la palabra 'antijurídico' se comprende entonces "que es contra derecho"³³⁴

En el Capítulo II de este trabajo se mencionó la importancia del Derecho Penal, dado que esta rama del Derecho surge como una necesidad de la sociedad para impedir que las conductas de los individuos alteren el orden social, bajo la amenaza de una sanción determinada por el Estado. Es decir, mediante el conjunto de normas jurídicas se prohíben determinadas conductas previstas en la ley penal como delitos, cuya pena es aplicable sólo si éstas se ejecutan, puesto que la principal finalidad de estas normas es la de salvaguardar los bienes jurídicos colectivos e individuales.

Es por ello que los Tipos Penales describen conductas consideradas antijurídicas porque lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos tutelados por la norma penal como lo son la vida, la integridad corporal, la libertad, el patrimonio, entre otros.

La antijuridicidad se distingue en material y formal, la primera se caracteriza por ser lo contrario al derecho; mientras la segunda, se refiere a la conducta estimada como delito, en otras palabras, la conducta que transgrede una norma estatal o una prohibición del orden jurídico.³³⁵

Al respecto, el Código Penal que impera en la Ciudad de México alude al bien jurídico con relación a la antijuridicidad material al expresar, "Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal."³³⁶

En el caso del delito en propuesta denominado 'lesiones al feto,' es antijurídico porque encontrándose previsto en el Código Penal para la Ciudad de

³³³ Diccionario de la Lengua Española, <http://dle.rae.es/?id=MeETNtK> 24 de mayo de 2022, 14:48.

³³⁴ Diccionario de la Lengua Española, <http://dle.rae.es/?id=2tLo3j0> 24 de mayo de 2022, 14:54.

³³⁵ Cfr., López Betancourt, Eduardo, *op. cit.*, p.36.

³³⁶ Artículo 4o. Código Penal para la Ciudad de México. *op.cit.*

México, se comprende que el bien jurídico tutelado es la integridad corporal y la salud del feto; de manera que, si alguien lo afecta sin estar amparado por una causa de justificación, será un hecho contrario a derecho.

B) Causas de justificación

Al igual que los elementos del delito explicados hasta este punto, la antijuridicidad también tiene un aspecto negativo denominado causas de justificación, en ellas se sitúan razones importantes para estimar que una conducta delictiva realizada es jurídica o justificada. Tal como lo comenta Amuchategui Requena “Éstas anulan lo antijurídico o contrario a derecho, de suerte que cuando hay alguna causa de justificación desaparece lo antijurídico; en consecuencia, se anula el delito por considerar que la conducta es lícita o justificada por el propio derecho.”³³⁷

Conforme a la legislación penal en el ámbito federal y local (Ciudad de México) las causas de justificación son: el ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, legítima defensa, estado de necesidad y el consentimiento del titular del bien jurídico.

B)-I. Ejercicio de un derecho

En el Código Penal Federal el artículo 15 dispone de circunstancias específicas en las que el delito se excluye: “VI. La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro.”³³⁸ Asimismo, el Código Penal para la Ciudad de México en el contenido del numeral 29 fracción IV correspondiente al Apartado B, señala que “Cuando el agente realice

³³⁷ Amuchategui Requena, Griselda, *op. cit.*, p. 74.

³³⁸ Artículo 15. Código Penal Federal. *op.cit.*

una acción o una omisión atendiendo a su derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para ejercerlo.”³³⁹

Lo anterior se refiere, al daño ocasionado cuando se ejerce un derecho que es otorgado por la norma jurídica, principalmente cuando se pretende salvaguardar uno o varios bienes jurídicos y siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada. La Doctora Amuchategui lo ejemplifica con el caso del médico que amputa una pierna para que no avance la gangrena, el cual ocasiona una lesión; sin embargo, ésta se encuentra justificada por el ejercicio del derecho.

Considerando el ejemplo anterior, en el delito de ‘lesiones al feto’, el profesional de la salud durante el desempeño de su trabajo puede ocasionar el daño a la integridad corporal o alterar la salud del feto, siempre que sea en beneficio de su salud.

B)-II. Cumplimiento de un deber

Esta causa de justificación al igual que la anterior se encuentra regulada en el numeral 15 fracción VI del Código Penal Federal. No obstante, el Código Penal aplicable en la Ciudad de México, lo describe en la fracción III de la siguiente manera: “el agente realice una acción o una omisión atendiendo a su deber jurídico, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo.”³⁴⁰

En otras palabras, el Doctor en Derecho López Betancourt señala que “en este caso el quebranto o intromisión, es justificado por el deber impuesto a una persona.”³⁴¹ De tal manera que, es posible considerarlo una consecuencia del ejercicio de determinadas profesiones o actividades, como el policía que en su deber de detener al delincuente le ocasiona lesiones.

Aunque el Código Penal Federal considera que, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber, son semejantes por comprenderlas en el mismo precepto, la principal diferencia entre ambas causas de justificación es que en la primera se ejercita un derecho otorgado por la norma jurídica; mientras la segunda,

³³⁹ Artículo 29. Código Penal para la Ciudad de México. *op.cit.*

³⁴⁰ Ídem.

³⁴¹ López Betancourt, Eduardo, *op. cit.*, p.38.

es la conducta de acción u omisión para cumplir un deber. En el supuesto del delito de 'lesiones al feto' he considerado la posibilidad que, únicamente, el profesional de la salud como sujeto activo, justifique mediante esta causa, su acción u omisión respecto al deber por salvaguardar la integridad corporal o salud del feto.

B)-III. Legítima defensa

Se comprende que un sujeto actúa en legítima defensa al causar un daño por actuar en defensa de determinados intereses establecidos en la ley, siendo esta conducta una excluyente del delito.

En la norma penal, esta figura se encuentra descrita en el artículo 15 fracción IV del Código Penal Federal:

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

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.³⁴²

De la misma manera, el Código Penal para la Ciudad de México dispone en el artículo 29 Apartado 'B' fracción I, lo siguiente:

³⁴² Artículo 15. Código Penal Federal, *op. cit.*

I.- (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.³⁴³

Lo anterior se debe comprender analizando cada uno de los elementos que forman parte de esta causa de justificación. La descripción menciona que, en la legítima defensa “se repela una agresión real, actual o inminente [...]”, es decir, se rechaza o se evita que ocurra algo, en este caso se especifica una agresión, o bien, como lo indica la Real Academia Española el “acto de acometer a alguien para matarlo, herirlo o hacerle daño.”³⁴⁴

Asimismo, se detalla que tal agresión debe ser “real”, expresado en otras palabras, algo cierto y no suposiciones o presentimientos; “actual”, porque la agresión y el instante de repelerla debe suceder en el mismo espacio temporal e; “inminente”, es decir, si no es “actual”, debe entonces ser una agresión próxima o cercana de ocurrir.³⁴⁵

Lo siguiente enunciado “[...] 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”;

³⁴³ Artículo 29. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

³⁴⁴ Diccionario de la Lengua Española, <http://dle.rae.es/?id=19W3MaW> 24 de mayo de 2022, 20:57.

³⁴⁵ Cfr., Amuchategui Requena, Griselda, *op. cit.*, p. 77.

se refiere a la “agresión” que no tiene derecho; de lo contrario, no se justificaría la defensa. Respecto a la acción para evitar o eludir algo, ésta tiene que defender bienes jurídicos propios o ajenos, destacando que, cualquiera que sea el bien jurídico, es amparado por esta causa de justificación.

Aunado a lo anterior, esta acción que rechaza la agresión debe ser proporcional al daño que se intenta ocasionar; de tal manera que, el medio que se emplee para su defensa, no debe superar en extremo al utilizado por quien ha provocado la agresión. Por último, se comprende por “[...] y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor”, quien recibe la agresión o el tercero a quien se defiende, no haya causado o dado motivos para la agresión.³⁴⁶

El delito de ‘lesiones al feto’ que se plantea, no se aplica esta causa de justificación, porque el sujeto pasivo lo será siempre el producto de la concepción después de la décima segunda semana de edad gestacional.

B)-IV. Estado de necesidad

Esta causa de justificación se encuentra detallada en el Código Penal Federal, en el cual se describe como la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

Al igual que en la legítima defensa, se obra para proteger un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual e inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto (elementos explicados en la legítima defensa); no obstante, el estado de necesidad se caracteriza porque para salvaguardar un bien jurídico de mayor o igual valía, supone el sacrificio de otro bien jurídico igualmente tutelado por la ley.

Al respecto, comenta la citada autora Amuchategui Requena “para unos, el bien sacrificado debe ser de menor valor que el bien salvado; mientras que para

³⁴⁶ Ídem.

otros puede tener la misma jerarquía.”³⁴⁷ Es el caso del Código Penal aplicable a la Ciudad de México, al indicar que “el agente obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno [...] lesionando otro bien de menor valor que el salvaguardado [...]”³⁴⁸ A diferencia de la legislación penal federal, especifica la lesión de otro bien jurídico de menor valor al salvaguardado, sin mencionar aquellos bienes en igualdad de valía.

En el delito de ‘lesiones al feto’ se puede presentar esta causa de justificación en el profesional de la salud, la persona embarazada u otra persona física que, por salvaguardar la vida o la salud de la persona gestante, puede ocasionar un daño en la integridad corporal o una alteración en la salud fetal.

B)-V. Consentimiento del titular del bien jurídico

En el contenido del Código Penal aplicable en la Ciudad de México, se detalla esta causa de justificación bajo la denominación ‘Consentimiento presunto,’ el cual ocurre, “Cuando el hecho se realice 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.”³⁴⁹

Asimismo, el Código Penal Federal describe lo siguiente:

ARTICULO 15.- El delito se excluye cuando:

[...]

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

- a) Que el bien jurídico sea disponible;
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 80.

³⁴⁸ Artículo 29. Código Penal para la Ciudad de México, *op.cit.*

³⁴⁹ *idem*.

fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.³⁵⁰

Esta excluyente de responsabilidad es considerada reciente en la legislación mexicana, dado que, su adición en el Código Penal para la Ciudad de México se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994; sin embargo, la Doctora en Derecho Amuchategui Requena opina que puede generar interpretaciones erróneas, por lo que, “serán la doctrina, el criterio del juzgador, la jurisprudencia y una adecuada interpretación las que puedan precisar el verdadero sentido o *ratio legis* [razón legal] de esta nueva excluyente.”³⁵¹

Para la propuesta del delito de ‘lesiones al feto,’ no es aplicable esta causa de justificación, dado que, el titular del bien jurídico es el feto, por lo que, no tiene capacidad jurídica para disponer libremente del mismo.

4.2.2.4. Imputabilidad e inimputabilidad

A) Imputabilidad

La imputabilidad se refiere a la capacidad de entender y querer en el campo del Derecho Penal. Por lo tanto, ser imputable es gozar de salud mental, la aptitud psíquica no sea alterada por sustancias y cumpla con la edad que la ley indica para responsabilizar a quien cometa un delito.

Es importante aclarar que, para considerar a un sujeto culpable, antes tiene que ser imputable, por ello, la inimputabilidad y la acción libre en su causa (explicados más adelante) se comprenden como causas de inculpabilidad.

En el ámbito federal, la legislación penal es clara respecto a esto, descrito en el párrafo segundo del artículo 15 fracción VII, así como, en el numeral 29 apartado C fracción II correspondiente al Código Penal para la Ciudad de México, en los

³⁵⁰ Artículo 15, fracción III. Código Penal Federal, *op. cit.*

³⁵¹ Amuchategui Requena, Griselda, *op. cit.*, p. 85.

cuales se detalla la ausencia de capacidad del sujeto para comprender el ilícito, derivado de un trastorno mental o desarrollo intelectual retardado.

En consecuencia, el sujeto activo o el responsable de ocasionar 'lesiones al feto', debe ser considerado por la norma penal como imputable, esto es, cumpla con la edad determinada por la norma penal y goce de salud mental.

A)-I. Acciones libres en su causa

Son denominadas acciones libres en su causa, aquellas que realiza el sujeto de manera voluntaria o culposa antes de cometer un delito y, en consecuencia, lo sitúan como no imputable. No obstante, la ley lo considera responsable del ilícito "porque son acciones libres en cuanto a su causa, pero determinadas en lo referente a su efecto."³⁵²

El ejemplo más común es quien consume alcohol y posteriormente ocasiona la muerte de otro sujeto, en este supuesto, el individuo no es imputable al momento de cometer el delito de homicidio por encontrarse alcoholizado, sin embargo, es responsable porque antes de privar de la vida al sujeto, gozaba de capacidad para entender y querer.

De manera específica, el Código Penal para la Ciudad de México señala en el caso de la acción libre en su causa que "No procederá la inculpabilidad, cuando el agente al momento de realizar el hecho típico, hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación."³⁵³

En el caso del delito en análisis (lesiones al feto) el sujeto activo puede afectar de manera voluntaria su capacidad de comprensión y entendimiento acerca del ilícito que se comete.

³⁵² *Ibidem*, p. 87.

³⁵³ Artículo 29. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

B) Inimputabilidad

Contrario a lo que se indica en la imputabilidad, la inimputabilidad se refiere a la ausencia de capacidad para querer y entender en el ámbito del Derecho Penal, es decir, es el aspecto negativo.

De acuerdo con lo estudiado por la Doctora en Derecho Amuchategui Requena, las causas de inimputabilidad son las siguientes: trastorno mental, desarrollo intelectual retardado, miedo grave y minoría de edad.

B)-I. Trastorno mental

Es la alteración o el mal funcionamiento de las facultades psíquicas que impiden al sujeto entender el hecho ilícito, o bien, conducirse conforme esta comprensión. El trastorno mental puede ser transitorio o permanente, ya sea por la ingestión de sustancias nocivas para la salud o por enfermedad, salvo aquellos casos en que el propio sujeto haya provocado con intención o por imprudencia su incapacidad.

B)- II. Desarrollo intelectual retardado

Se refiere a un proceso tardío de la inteligencia, misma que, provoca la incapacidad de querer y entender.

B)-III. Miedo grave

El miedo grave es de naturaleza interna o bien, un proceso psicológico en el que un sujeto no actúa razonadamente por creer estar ante un peligro. El ejemplo más común citado por el Doctor en Derecho López Betancourt es la creación de fantasmas, de espantos, entre otros.

El miedo grave puede influir para que una persona cometa el delito de 'lesiones al feto'.

B)- IV. Minoría de edad

A los menores de edad se les considera carentes de madurez, porque no tienen la capacidad de entender y querer.

Actualmente en México, la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes³⁵⁴, es de aplicación a aquellas personas que realizan una conducta considerada delictiva por las leyes penales, y cuya edad oscila entre los doce años cumplidos y menos de dieciocho.³⁵⁵

Las distintas causas de inimputabilidad son aplicables a cualquiera de los sujetos activos que cometen el delito de 'lesiones al feto.' Tal como se mencionó en el punto 4.2.1.1.1. del presente Capítulo, los sujetos activos pueden ser la persona embarazada, el profesional de la salud o cualquier otra persona física.

4.2.2.5. Culpabilidad e Inculpabilidad

Conforme con la definición jurídica del delito empleada por Códigos Penales locales como lo es el Estado de México, el cual describe al delito como la conducta típica, antijurídica, culpable y punible, el siguiente elemento a estudiar es la culpabilidad junto con el elemento negativo, la inculpabilidad.

A) Culpabilidad

El Doctor en Derecho López Betancourt considera que la culpabilidad es “el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto.”³⁵⁶

Existen dos posibilidades de reproche, el dolo (intención) y la culpa (imprudencia).

³⁵⁴ Se aboga la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1991 y sus posteriores reformas. Véase al respecto, Transitorios, Artículo Segundo de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.

³⁵⁵ Artículo 1o. Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes. <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=s6n2if7Uv7A+Z8l0w3ky6b5BhzYdY+me5ux37HfCVtdLorfgXfjvrlW5O3M+u5fl> 28 de junio de 2022, 23:45.

³⁵⁶ López Betancourt, Eduardo, *op. cit.*, p. 41.

A)-I. Dolo

El dolo se caracteriza porque existe intención con conocimiento de la antijuridicidad del hecho y el cual constituye un delito. Conforme lo describe Amuchategui Requena, el dolo se divide en dolo directo, indirecto o eventual, genérico, específico e indeterminado.

a) Dolo directo

Consiste en la intención del sujeto activo para realizar un determinado daño, el cual cumple, dando lugar a la relación existente entre la intención y el ilícito establecido en la ley penal. Verbigracia, quien desea robar y lo hace.

b) Dolo indirecto o eventual

Existe cuando el sujeto ejecuta una conducta ilícita, sabiendo que hay posibilidad que se efectúen otras distintas. Para ejemplificar lo anterior, se emplea el caso de la lesión ocasionada a un determinado comensal mediante una sustancia venenosa en la sal de la mesa, no obstante, tal situación es probable que lesione a otros sujetos.

c) Dolo genérico

Es propiamente la intención de causar un daño, es decir, la voluntad consciente para realizar un hecho ilícito.

Dolo específico: Se refiere a la intención de causar daño pero con una especial voluntad, misma que, la norma penal exige de acuerdo a cada caso.

Dolo indeterminado: Es el deseo genérico de delinquir sin que el sujeto pretenda causar un determinado delito. Es común para ello aludir al tema del terrorista que al colocar una bomba en un cine, no tenga conocimiento de la cantidad

de lesionados que resulten, o bien, de no lesionar a ninguno, pero si causar la destrucción del cine.³⁵⁷

En el análisis del delito de 'lesiones al feto' se puede comprender el dolo directo de la persona embarazada para específicamente dañar la integridad corporal o alterar la salud de un feto, con el propósito que sea esta una excluyente de responsabilidad en el delito de aborto eugenésico; asimismo, existe la posibilidad que sea el profesional de la salud quien bajo este mismo supuesto ocasione lesiones al feto. Por otra parte, no se descarta que el sujeto activo con intención exclusiva de lesionar al producto de la concepción después de la décima segunda semana de edad gestacional, lo sea cualquier persona física.

A)-II. Culpa

Contrario a lo descrito en el dolo, en la culpa el sujeto no tiene intención de cometer un hecho delictivo, sin embargo, éste se presenta por imprudencia, negligencia, impericia, o bien, falta de cuidado. La culpa puede ser consciente con representación o, inconsciente sin representación.

a) Culpa consciente con representación

Consiste cuando el sujeto activo realiza sin intención el hecho delictivo, no obstante, es consciente que éste puede presentarse por su imprudencia, impericia, negligencia o descuido. Para explicar lo anterior, explica López Betancourt "el caso de un conductor que no quiere inferir lesiones a nadie, pero tiene prisa y corre a 100 kilómetros por hora en una zona donde hay muchos peatones y sólo está permitida una velocidad máxima de 40 kilómetros por hora, y por torpeza, negligencia, descuido, impericia o imprudencia, atropella a un transeúnte ocasionándole alguna fractura."³⁵⁸

³⁵⁷ Cfr., *Ibidem*, p. 43.

³⁵⁸ *idem*.

En el delito de 'lesiones al feto', también se presenta la culpabilidad bajo la imprudencia, negligencia, impericia o bien, falta de cuidado, por parte de la persona gestante, el profesional de la salud o cualquier otra persona física.

Por ejemplo, en la culpa con representación se puede observar el caso de la persona embarazada que imprudentemente consume fármacos con efecto teratogénico para aliviar un malestar en ella, pero sin desearlo le ocasiona una lesión al feto. En el mismo sentido, es probable se presente la hipótesis de la persona embarazada o el profesional de la salud que transmite al *nasciturus* la enfermedad del Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH), situación que más adelante se mencionará respecto a su punibilidad.

b) Culpa inconsciente sin representación

Obliga al sujeto activo a prever las posibles consecuencias, pero por imprudencia, negligencia, impericia o falta de cuidado, no lo intuye y comete el ilícito.

En el delito que se analiza, un ejemplo es el profesional de la salud que puede lesionar imprudentemente al feto por la administración de fármacos con efecto teratogénico, por la práctica de métodos invasivos en las técnicas de diagnóstico prenatal, o bien, durante el trabajo de parto mediante instrumentos usados para facilitar el nacimiento del feto. También se encuentra posible la culpa sin representación en la persona gestante que consume sustancias teratogénicas como el alcohol o tabaco.

De lo anterior, la legislación penal Federal y la correspondiente a la Ciudad de México en los numerales 9o. y 18, respectivamente, se describe el dolo y la culpa como la única manera de realización para las acciones u omisiones delictivas. En ambas se indica al dolo como el conocimiento de los elementos del tipo penal, o bien, los elementos objetivos del hecho típico, (mismos que, fueron explicados previamente) o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización.

Respecto a la culpa, se considera a quien obra de esta manera, "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 debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.”³⁵⁹

B) Inculpabilidad

La inculpabilidad es el aspecto negativo de la culpabilidad, se caracteriza por falta de voluntad o el conocimiento del hecho en el sujeto que comete el ilícito. Es importante recordar que no puede ser culpable de un delito quien no es imputable.

Las causas de inculpabilidad que a continuación se explicarán son: Error esencial del hecho invencible, no exigibilidad de otra conducta, temor fundado y caso fortuito.

B)-I. Error esencial del hecho invencible

El término error tal como lo define el diccionario de la lengua española es un “concepto equivocado o juicio falso” o la “acción desacertada o equivocada.”³⁶⁰ Es decir, el error no es un desconocimiento sino un conocimiento equivocado, por lo tanto, es una causa de inculpabilidad porque el sujeto que comete el delito cree actuar bajo una causa de justificación, pero sucede que tiene de la realidad una percepción equívoca. De tal manera que, el error en el ámbito jurídico debe estudiarse como error de Derecho y error de Hecho.

a) Error de Derecho

También denominado error de prohibición, se refiere a que el sujeto cree incorrectamente que su actuación está respaldada por una causa de justificación, o bien, considera que no es antijurídico. En consecuencia, no es inculpable el sujeto que comete un delito por error de Derecho o quien desconoce este último, dado que, el principio jurídico señala que la ignorancia de la ley no exime su cumplimiento.

³⁵⁹ Artículo 9o. Código Penal para la Ciudad de México, op.cit.

³⁶⁰ Diccionario de la Lengua Española, <http://dle.rae.es/?id=G47B9qL> 30 de junio de 2022, 01:57.

b) Error de Hecho

Consiste en el actuar del sujeto bajo un error sobre algunos de los elementos del tipo penal (objetivos, subjetivos o normativos) es por ello por lo que, comúnmente se estudia como un error de Tipo. Este error se divide en accidental y esencial.

El error accidental recae en circunstancias secundarias del hecho, no esenciales. Por tanto, este error a su vez se subdivide en error en el golpe, en la persona y en el delito.

El error en el golpe se refiere a la acción dirigida a un objetivo en concreto, no obstante, por una imprecisión del sujeto, cambia su sentido. Por ejemplo, quien desea privar de la vida a una determinada persona, pero por falta de puntería, priva de la vida a otra.³⁶¹

En el delito de 'lesiones al feto,' esta causa de inculpabilidad se puede ejemplificar con la persona que pretende lesionar al feto, pero por error en el golpe daña la integridad corporal de la persona gestante.

El error en la persona es el error sobre el pasivo del delito, es decir, el sujeto activo que pretende privar de la vida a un sujeto determinado priva de la vida a otra, pero no por imprecisión de la puntería, sino por confundir a una persona con otra.

Para el delito que se está analizando, el profesional de la salud o cualquier otra persona física puede dañar la integridad corporal o alterar la salud de otro feto del que se pretende lesionar.

El error en el delito concretamente es ocasionar otro delito del que se pretendía. El sujeto activo efectúa el ilícito pensando que está cometiendo otro.

Particularmente en el delito de 'lesiones al feto' el sujeto activo puede creer que al ejecutar conductas tendentes a privar de la vida al feto está cometiendo el delito de aborto; sin embargo, se puede presentar esta causa de culpabilidad únicamente en la hipótesis de la persona gestante que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar; debido a que en este supuesto se sanciona el aborto solamente cuando se haya consumado. Por lo tanto, no se

³⁶¹ Cfr., López Betancourt, Eduardo, *op.cit.*, p. 45.

considera que el sujeto activo está cometiendo el delito de aborto o en su caso tentativa (explicado más adelante), pero sí el de 'lesiones al feto'.

Por otra parte, el error esencial es sobre un elemento de hecho que impide que se dé el dolo. Este se divide en error esencial vencible e invencible, siendo el primero, la subsistencia de la culpa pese al error; mientras el segundo, se caracteriza cuando no hay culpabilidad, por tanto, constituye una causa de inculpabilidad.³⁶²

El Código Penal Federal establece en el numeral 15 fracción VIII correspondiente a las causas de exclusión del delito, la acción o la omisión bajo un error invencible ya sea, sobre alguno de los elementos esenciales que integran el Tipo Penal; o respecto de la ilicitud de la conducta, porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de esta, o porque crea que está justificada su conducta.

Más específico se describe en el Código Penal para la Ciudad de México el denominado 'error de prohibición,' el cual se ubica como causa de inculpabilidad en el apartado designado a las causas de exclusión del delito en el artículo 29 fracción III de la letra C, y señala lo siguiente:

[...] El agente realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de la licitud de la conducta, ya sea porque el sujeto:

- a).- Desconozca la existencia de la ley;
- b).- El alcance de la ley; o
- c).- Porque crea el agente que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, no procederá la inculpabilidad y se estará a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 83 de este Código.³⁶³

En la legislación penal mexicana se reconoce el error como causa de inculpabilidad cuando sea invencible, en otras palabras, humanamente imposible

³⁶² Cfr., Amuchategui Requena, Griselda, *op. cit.*, p. 96.

³⁶³ Artículo 29, fracción III. Código Penal para la Ciudad de México, *op.cit.*

evitar el hecho, debido al incorrecto conocimiento que se tiene de él y, por tanto, no se puede predecir el resultado considerado antijurídico.

En consecuencia, en el delito propuesto, es aplicable esta causa de inculpabilidad siempre que sea invencible.

B)-II. No exigibilidad de otra conducta

Se presenta por las circunstancias, relaciones, parentesco, condiciones o características de la persona, de tal manera que, no se puede exigir otro comportamiento. Es el caso del delito cometido por una miembro de la familia a quienes no se les exige que lo entreguen a la justicia o lo denuncien.³⁶⁴

Esta causa de inculpabilidad se encuentra apoyada en el multicitado artículo 15 del Código Penal Federal y 29 del Código Penal aplicable en la Ciudad de México, en este último denominado 'Inexigibilidad de otra conducta.'

En el delito de 'lesiones al feto' es posible que se presente esta causa de inculpabilidad en la persona embarazada, el profesional de la salud o cualquier otra persona física que cometa un ilícito ante la presencia de una o por coacción sobre su voluntad.

B)-III. Temor fundado

Antes de las reformas de 1994 al Código Penal Federal, se consideraba una causa de inculpabilidad porque el sujeto que causaba un daño se creía amenazado de un mal grave, por lo que, actuaba derivado a este temor.

Actualmente el temor fundado, se comprende como una hipótesis de no exigibilidad de otra conducta en la legislación penal federal y para la Ciudad de México, citada anteriormente.

Al igual que en la no exigibilidad de otra conducta, es posible considerar esta causa de inculpabilidad en el delito que se analiza.

³⁶⁴ Cfr., López Betancourt, Eduardo, *op. cit.* p. 46.

B)-IV. Caso fortuito

En el Código Penal Federal se encuentra descrito como una causa de exclusión del delito, contrario al Código Penal para la Ciudad de México, el cual no lo contempla en su contenido. Al considerar que, se trata meramente del accidente, es decir, de la comisión del delito, aun cuando, el sujeto tomó todas las precauciones necesarias para impedirlo, autores como Carrancá y Rivas (Doctor en Derecho) se oponen a que éste sea contemplado como una exclusión del delito o como él lo denomina “excluyente de incriminación,” dado que, estima que estas excluyentes amparan acciones que van más allá del Tipo Penal, por lo tanto, no debería el resultado típico causado por mero accidente estar comprendido en ellas, porque “se trata de algo totalmente fuera del campo del Derecho Penal.”³⁶⁵

Para el delito de ‘lesiones al feto’ es probable que esta causa se presente en la persona embarazada, el profesional de la salud e incluso cualquier otra persona.

4.2.2.6. Punibilidad y excusas absolutorias

A) Punibilidad

Es propiamente la amenaza de una pena establecida en la ley penal debido a la comisión de un delito.

De manera detallada, Pavón Vasconcelos señala que la punibilidad es “la amenaza de pena, que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.”³⁶⁶

Dicho lo anterior, es necesario precisar qué es la pena y el por qué es distinto de términos como punición o castigo, empleados comúnmente como sinónimos.

³⁶⁵ Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl, *op. cit.*, p. 153.

³⁶⁶ Citado por López Betancourt, Eduardo, *op. cit.* p. 48.

1. Pena: Amuchategui Requena señala que “Consiste en la restricción o privación de derechos que se ejecutan de manera efectiva en la persona del sentenciado; la pena es, entonces, la ejecución de la punición.”³⁶⁷

2. Punición: Por punición se debe comprender en la determinación de la pena exacta al sujeto que ha cometido el delito.

3. Castigo: Como bien se comentó al inicio de este punto, la pena suele entenderse como sinónimo de castigo, por ejemplo, en el diccionario de la lengua española, pena se define como “Castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta.”³⁶⁸ Sin embargo, tal asociación del concepto obedece al antiguo Derecho Penal, en que los delincuentes eran sometidos a tratos inhumanos con el fin de lograr el arrepentimiento o el escarmiento.

Actualmente, se busca la reinserción del delincuente a la sociedad mediante un trato de respeto a los Derechos Humanos.

En el Código Penal para la Ciudad de México el artículo 30 comprende el catálogo de penas que se pueden imponer por un delito, se menciona la prisión; tratamiento en libertad de imputables; semilibertad; trabajo en beneficio de la víctima del delito o en favor de la comunidad; sanciones pecuniarias; decomiso de los instrumentos, objetos y productos del delito; suspensión o privación de derechos; y destitución o inhabilitación de cargos, comisiones o empleos públicos.

Para determinar la punibilidad en el delito de ‘lesiones al feto’ se han considerado diversos aspectos.

A)-I. Pena de prisión y pena alternativa

Conforme lo establece el numeral 33 del Código Penal para la Ciudad de México “la prisión consiste en la privación de la libertad personal. Su duración no será menor de tres meses ni mayor de setenta años [...]”.

³⁶⁷ Amuchategui Requena, Griselda, *op. cit.*, p. 101.

³⁶⁸ Diccionario de la Lengua Española, <http://dle.rae.es/?id=SQbVLbD/SQczESN> 05 de julio de 2022, 00:06.

Tomando como referencia el delito de aborto, la pena de prisión puede ser aplicable también para el delito de ‘lesiones al feto’ aunque éste no sea considerado como un ilícito grave.

No obstante, el tiempo impuesto en prisión³⁶⁹ es determinante porque se debe estimar, además, el bien jurídico que se salvaguarda en el delito en análisis y el tutelado por el delito de aborto.

La punición que se propone para el delito (motivo de este trabajo) debe ser menor a la establecida por el ilícito que protege la vida del producto de la concepción, dado que, este último salvaguarda un bien jurídico de mayor valor que el tutelado por el delito de ‘lesiones al feto’; por lo tanto, la pena no debería superar un bien jurídico de mayor valor como lo es la vida. Verbigracia, en la hipótesis que la pena para el delito de ‘lesiones al feto’ sea superior a la pena establecida para el delito de aborto (consentido), el responsable de dañar la integridad corporal o alterar la salud del producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno; preferirá privarlo de la vida porque este delito establecerá una menor pena que la sugerida para el delito de ‘lesiones al feto’.

Adicional a lo anterior, se debe destacar que la pena para el delito de ‘lesiones al feto’ tampoco debe ser mayor a la pena descrita para el delito de lesiones, misma que se impone a aquellas conductas que dañan o alteran la salud de las personas nacidas.

Para el presente trabajo se ha considerado que el delito propuesto tiene la intención de proteger la integridad y salud del ser humano en su fase fetal, no así la integridad corporal y salud de la persona nacida, es decir, si por un momento se pretendiera entender que el propósito de esta propuesta es anticipar la tutela de la salud del ser humano antes de nacer, entonces la pena debería ser mayor que la pena impuesta por el delito de lesiones, puesto que sería más importante proteger al ser humano de conductas que lo dañen desde antes de nacer. Sin embargo, atendiendo al concepto del *nasciturus* como expectativa de derecho, y al derecho

³⁶⁹ Al respecto, es importante advertir que la cuantificación de la pena en México es flexible a diferencia del sistema penal alemán y el español, puesto que, se señala un límite mínimo a máximo, el cual queda, al arbitrio judicial. Cfr., Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *La individualización de la pena de prisión*, Porrúa, México, 2003, p. 206.

que prevalece de las personas nacidas, sugiero una pena menor que la impuesta al delito de lesiones, a fin de evitar una contradicción penológica.

Por otra parte, el Código Penal aplicable en la Ciudad de México, comprende alternativas de la pena prisión, como el trabajo en favor de la comunidad, mismo que, “consiste en la prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas, educativas, de asistencia o servicio social, o en instituciones privadas de asistencia no lucrativas, que la ley respectiva regule.”³⁷⁰ Asimismo, el Código Penal señala que “cada día de prisión o cada día de multa, será sustituido por una jornada de trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad.”³⁷¹

Cabe mencionar que, esta pena alternativa es aplicable sólo cuando la pena de prisión no exceda de 3 años y cuando el sujeto no haya sido condenado con anterioridad por delito doloso.³⁷²

En consecuencia, la pena de prisión que se plantea en el delito de ‘lesiones al feto’ tiene un mínimo de 3 meses hasta 3 años de prisión (pena que no es superior a la correspondiente al aborto consentido ni al delito de lesiones); por lo tanto, cumple con el requisito que permite imponer el trabajo en favor de la comunidad como sustitución de prisión.

A)-II. Pena determinada por dolo o culpa

La culpabilidad es otro aspecto importante que determina la pena que debe aplicarse, dado que, dependerá si el sujeto activo actuó con dolo o culpa.

Para la pena impuesta al sujeto que dolosa o intencionalmente ocasionó lesiones al feto, se considera ideal una pena de prisión de 3 meses a 3 años o la sustitución de ésta por el trabajo en favor de la comunidad.

Contrario a lo anterior, el sujeto activo también puede ocasionar un daño a la integridad corporal o a la salud del feto por culpa o imprudencia; de tal manera que, respetando lo establecido por el artículo 76 del Código Penal para la Ciudad de México correspondiente a la punibilidad del delito culposo el cual señala que, “se

³⁷⁰ Artículo 36. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

³⁷¹ Ídem.

³⁷² *Ibidem*, Artículo 84.

impondrá la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso [...]”³⁷³.

A)-III. Pena adicional

En líneas anteriores se mencionó el catálogo de penas, el cual comprende la suspensión de derechos, descrita en el numeral 56 del mismo Código Penal, como la pérdida temporal de derechos.

En el delito de ‘lesiones al feto’ sólo al profesional de la salud se le impone adicionalmente a la pena de prisión, la suspensión en el ejercicio de su profesión por un término igual a la privación de la libertad personal; así se determina en el artículo 76 respecto a la punibilidad del delito culposo.

En consecuencia, la punibilidad en el delito de ‘lesiones al feto’ se comprenderá de la siguiente manera:

ARTÍCULO 135 TER. A quien por cualquier medio o procedimiento cause al feto una lesión que perjudique su sano desarrollo gestacional provocándole un daño corporal total o parcial, disfunción orgánica permanente o temporal, o bien, cause enfermedad incurable o deformidad, se le impondrán de 3 meses a 3 años de prisión o trabajo en favor de la comunidad.

Si las lesiones fueren causadas por un profesional de la salud, además de las sanciones que le correspondan, se le suspenderá en el ejercicio de su profesión por un término igual a la pena de prisión impuesta.

Cuando las lesiones al feto sean causadas culposamente, las sanciones se reducirán a la cuarta parte, con la salvedad de la persona embarazada, que no será penada por su imprudencia.

³⁷³ *Ibidem*, Artículo 79.

B) Excusas absolutorias

Las excusas absolutorias constituyen el aspecto negativo de la punibilidad y como su denominación lo indica, absuelven al sujeto que comete un delito (aunque éste se haya integrado en su totalidad) por diversas causas o razones como lo son: el estado de necesidad, ejercicio de un derecho, imprudencia, no exigibilidad de otra conducta, temibilidad mínima e innecesidad de la pena.

B)-I. Estado de necesidad

El estado de necesidad como excusa absoluta se comprende como el actuar ilícito de un sujeto por mera necesidad. El ejemplo más común que describe tal figura es el robo de famélico, manifestado en el actual Código Penal Federal: “No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensable para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento.”³⁷⁴

B)-II. Ejercicio de un derecho

El delito de aborto considerado en la legislación penal federal y local, lo describe como la muerte del producto de la concepción o en algunas localidades como la interrupción del embarazo o la gestación, sin embargo, estos ordenamientos consideran que existe ausencia de punibilidad cuando por una violación o inseminación artificial a una mujer, resulta embarazada, pero al ejercer su derecho a decidir libre, responsable e informadamente sobre el número y espaciamiento de los hijos, consagrado en el artículo 4o de la Constitución Federal, decide abortar.

³⁷⁴ Artículo 379. Código Penal Federal, *op. cit.*

B)-III. Imprudencia

Conforme al ejemplo anterior, la norma penal también comprende al aborto causado imprudente o culposamente como excusa absolutoria, de manera que, el Código Penal Federal y el aplicable a la Ciudad de México, establecen la ausencia de punibilidad al aborto ocasionado sólo por imprudencia de la persona gestante.

Al respecto, considero que la propuesta del delito de 'lesiones al feto' tampoco debe imponer pena alguna por imprudencia de la persona embarazada. Verbigracia, una persona embarazada que transmite al feto una enfermedad incurable como lo es el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH), claramente no podría imponerse una pena por ello, en primer punto, porque su conducta imprudente no representa justificación criminal y; en segundo punto, porque esto constituiría una intervención insoportable del Estado en las actividades de las personas embarazadas al intentar convertirlas en autoras de un delito respecto a la vida o salud fetal, aunado a la carga (económica y emocional) que significa para ésta el cuidado especial que requiere un ser humano enfermo.³⁷⁵

En adición a lo antes expuesto, imponer una pena a la imprudencia de la persona embarazada en el delito que se propone (lesiones al feto), sería una contradicción penológica, dado que la imprudencia de la persona gestante en el delito de aborto, no señala pena alguna; en otras palabras, se estaría interpretando lo más severo (aborto imprudente) como lo menos grave.

B)-IV. No exigibilidad de otra conducta

Esta figura también desarrollada en el punto 4.2.2.5. correspondiente a las causas de inculpabilidad, se explica en las excusas absolutorias mediante el delito de encubrimiento, el cual consiste en el actuar de los ascendientes o descendientes, cónyuges o concubenarios, parientes colaterales o quienes estén ligados al responsable de un delito, lo oculten o favorezcan a su ocultamiento.

³⁷⁵ Cfr., Ramón Ribas, Eduardo, *op. cit.*, p. 328.

B)-V. Temibilidad mínima

Representa al sujeto que comete un hecho ilícito pero cuya peligrosidad es mínima o poca; por ejemplo, el robo que no se ejecuta con violencia, y cuyo valor de lo robado no exceda de diez veces el salario, además del pago de los daños o perjuicios que haya ocasionado.³⁷⁶

B)-VI. Innecesaridad de la pena

Esta excusa absolutoria se presenta por enfermedad grave e incurable; senilidad avanzada; o haya sufrido consecuencias graves al momento de efectuar el delito, al sujeto responsable del ilícito se le prescinda de imponer una pena privativa de la libertad o le sea sustituida por una menos grave o por una medida de seguridad.³⁷⁷

De lo expuesto anteriormente, en el delito de ‘lesiones al feto’ que se ha propuesto para el presente trabajo, el Tipo Penal comprende como excusa absolutoria la imprudencia de la persona embarazada; por lo tanto, no se aplica la pena correspondiente al daño a la corporeidad o alteración a la salud fetal. Lo anterior obedece a lo establecido en el delito de aborto; es decir, no se puede imponer una pena por esta razón a quien lesione a un feto, siendo que, en el delito de aborto en el cual se tutela la vida (un bien jurídico de mayor valor que la integridad corporal y la salud) del producto de la concepción, no se aplica la pena determinada.

4.2.3. Aspectos colaterales del delito

4.2.3.1. Vida del delito

El delito se desarrolla mediante diversas etapas, de manera que, se le conoce como *iter criminis*, y de acuerdo al diccionario del español jurídico, se refiere

³⁷⁶ Cfr., artículo 375. Código Penal Federal, *op.cit.*

³⁷⁷ Cfr., artículo 75. Código Penal para la Ciudad de México, *op.cit.*

al “Conjunto de etapas que atraviesa la ejecución de un delito y que comprende tanto los actos que tienen lugar en la fase interna como los que se llevan a cabo en la fase externa.”³⁷⁸

A) Fase interna

La fase interna se caracteriza porque el sujeto antes de cometer el delito, planifica en su mente la idea de realizar el ilícito; delibera o en otras palabras, acepta o rechaza tal idea; y determina a manera de resolución, decide ejecutarla o no de manera definitiva. Sin embargo, en esta fase la ley no sanciona al sujeto, porque es necesario que la intención de delinquir sea exteriorizada de forma objetiva en el mundo externo.

B) Fase externa

Una vez que el sujeto determina ejecutar el delito, manifiesta la intención de delinquir (en este punto la ley no sanciona al sujeto hasta no cometer el ilícito), prepara la realización de éste y finalmente lo lleva a cabo (momento por el cual se ejecuta el delito y es sancionable por la ley).

C) Ejecución

En la ejecución del delito pueden presentarse dos situaciones: la consumación del delito o la tentativa.

En el delito de ‘lesiones al feto’ se cumplen las tres etapas antes expuestas, y específicamente en la etapa de ejecución se presenta tanto la consumación como el grado de tentativa acabada e inacabada; a continuación se explicará esta última fase de la vida del delito.

³⁷⁸ Diccionario de la Lengua Española, <https://dpej.rae.es/lema/iter-criminis> 31 de julio de 2022, 19:16.

4.2.3.1.1. Tentativa

La tentativa es un grado de ejecución incompleta que, por causas ajenas a la voluntad del sujeto, no se consuma el delito, incluso si se realizan los actos materiales encaminados a su ejecución.

A) Tentativa acabada

Se presenta cuando el sujeto activo lleva a cabo todos los actos para conseguir el resultado, sin embargo, por causas ajenas a su voluntad, éste no se efectúa.

Conforme a lo establecido por el Código Penal Federal, la tentativa es punible “[...] cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.”³⁷⁹ Esta figura también se encuentra descrita en el Código Penal para la Ciudad de México.

En el delito que se estudia, puede existir este grado de tentativa por parte de la persona embarazada, el profesional de la salud o incluso cualquier otra persona física. Verbigracia, la persona gestante decide consumir fármacos con efecto teratogénico con el propósito de tan solo lesionar al feto y así pueda encontrarse bajo la excluyente de responsabilidad en el delito de aborto eugenésico, es decir, determinar que el feto presenta malformaciones y de esta manera ejercer su derecho a interrumpir el embarazo después de la décima segunda semana de gestación; no obstante, los actos ejecutados ocasionan que el feto reciba atención médica oportuna evitando así daño en su corporeidad o alteración en la salud.

³⁷⁹ Artículo 12, Apartado C, Código Penal Federal, *op.cit.*

B) Tentativa inacabada

Consiste en que el sujeto activo omite realizar un acto necesario para obtener el resultado, de manera que, este último no se ejecuta.

En el Código Penal para la Ciudad de México el artículo 21 describe este grado de tentativa bajo la denominación 'desistimiento y arrepentimiento' señalando que "si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere [...]".³⁸⁰

Continuando con el ejemplo anterior (respecto a la tentativa acabada), la persona embarazada pretende causar un daño en la corporeidad o alteración en la salud del feto mediante el consumo de fármacos, sin embargo, desiste de continuar con su administración, por lo tanto, no causa un efecto teratogénico en el feto.

4.2.3.1.2. Consumación

La consumación del delito es el resultado típico que sucede al momento de dañar o poner en peligro el bien jurídico tutelado.

El delito que se está analizando (lesiones al feto) se consuma en el momento que se daña la integridad corporal o se altera la salud del feto (no de la persona nacida) comprendiendo a este último como el producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno.

En suma, es un delito al que importa más el momento de la producción del resultado material que el momento de incidencia de la acción. Verbigracia, en el delito de aborto o en el delito de homicidio no se exige que se haya realizado una acción lesiva sobre el feto o sobre la persona nacida, respectivamente, por el contrario, la exigencia de cada Tipo Penal estriba en causar la muerte ya sea del feto o de la persona nacida.³⁸¹

³⁸⁰ Artículo 21. Código Penal para la Ciudad de México, *op.cit.*

³⁸¹ Cfr., Ramón Ribas, Eduardo, *op. cit.*, p. 442.

A) Lesiones que inciden en el feto y se corrigen o se curan por sí solas antes del nacimiento

Conforme a lo anterior, se entenderá que aquellas lesiones que inciden en el feto y son corregidas mediante una intervención médica oportuna, o bien, en el caso que éstas se curen por sí solas antes de que éste nazca, no serán impunes.

Al comprender que es la integridad corporal y la salud del feto lo que se tutela, el nacimiento deja ser una condición para sancionar aquellas conductas que lo lesionan; en consecuencia, si posterior a la lesión al feto, las mismas se corrigen o curan antes del nacimiento, no tendrá mayor relevancia.³⁸² Por el contrario, si la manifestación de las lesiones al feto se condicionara al nacimiento, en todo caso sí serían impunes aquellas que se corrigieron durante el estadio fetal.

B) Acción lesiva que incide en el feto y causa la muerte postnatal

Es importante dilucidar la diferencia entre el objeto material sobre el cual incide el resultado de una acción lesiva, para decidir el Tipo Penal realizado, dado que en este ejemplo se presenta al ser humano en dos estadios distintos, el de feto y el de persona.

Cabe recordar que se debe atender al momento de la producción del resultado, no así al de incidencia.

Conforme a la tesis aislada citada en la página 80 del presente trabajo, respecto a la cercanía entre la configuración del aborto culposo o el homicidio culposo, ésta es exacta al esclarecer la importancia del momento en que se manifiesta el resultado material de la acción.

En adición a lo anterior, si el sujeto activo causa con dolo una acción lesiva al feto pero sus efectos no ocasionan una lesión sino la muerte postnatal, se estará ante la actualización del delito de homicidio culposo y, no ante el delito de aborto

³⁸² Cfr., *Ibidem*, p. 464.

culposo, en concurso ideal de lesiones dolosas al feto, considerando el dolo únicamente para lesionar al feto y no para privarlo de la vida.³⁸³

C) Acción lesiva que incide en el feto y causa la muerte antenatal

En este supuesto se estima una diferencia respecto al anterior caso, porque la manifestación del resultado se centra en la muerte del feto antes de nacer. Se puede analizar desde tres puntos: la actuación lesiva del sujeto activo cuya intención es abortar, la actuación lesiva con dolo de lesionar y la actuación lesiva por imprudencia.

El primero de los supuestos no representa mayor problema de comprensión, dado que si el sujeto tiene la intención de provocar el aborto (ya sea con consentimiento o sin él) y para ello ocasiona lesiones al feto, entonces se estará frente al delito de aborto.

Por otro lado, si el sujeto activo ejecutó la acción con dolo de lesiones e imprudentemente provocó la interrupción del embarazo, se analizaría el haber cometido tanto el delito de 'lesiones al feto' en su forma dolosa y el delito de aborto imprudente (siempre que se trate de un sujeto activo distinto a la persona embarazada).³⁸⁴

Por último, no hay duda alguna que en el supuesto que el responsable de cometer el delito de aborto culposo también ocasionó lesiones culposas; no obstante, la solución a este paralelismo es subsumir las lesiones culposas en el delito de aborto culposo.

4.2.3.2. Participación

En materia penal se comprende la participación como el número de sujetos (dos o más personas) que intervienen en la ejecución de un ilícito, esto sin que la

³⁸³ Incluso con la adición de la propuesta del delito de 'lesiones al feto', es probable que se pueda considerar un aborto preterintencional, siempre y cuando se asuma que la intención (dolo) del sujeto activo es para lesionar y no privar de la vida al feto (culpa). Además no considero que el aborto preterintencional sea una atenuante a las lesiones dolosas, porque la pena que propongo en el delito de lesiones al feto no se encuentra superada por el delito de aborto en ninguno de sus supuestos.

³⁸⁴ Cfr., Ramón Ribas, Eduardo, *op. cit.*, p. 465.

norma lo requiera. Asimismo, esta participación se clasifica dependiendo del daño causado por los sujetos al cometer el delito, la forma y medida en que intervinieron, por lo tanto, deben responder ya sea por su autoría, coautoría, complicidad o encubrimiento.

A) Autoría

Es autor de un delito la persona física que efectúa la conducta típica. La autoría puede ser intelectual o material; la primera consiste en idear, dirigir o planear el delito; mientras la segunda, en realizar el ilícito de manera directa y material.

B) Coautoría

Se refiere a la intervención de dos o más sujetos en la misma proporción de responsabilidad para cometer el delito.

C) Complicidad

Es cómplice quien indirectamente ayuda o auxilia a otro a cometer el delito.

D) Encubrimiento

Consiste en brindarle auxilio al responsable de cometer el delito (aunque no se haya intervenido en la ejecución del ilícito) con el propósito de protegerlo o evitar la acción de la justicia.

En el delito de 'lesiones al feto' se pueden presentar todos los grados de participación.

4.2.3.3. Concurso de delitos

El concurso de delitos se refiere a la pluralidad de conductas típicas, de resultados típicos o de ambos. Es decir, se comprende que por cada conducta hay un resultado, no obstante, puede ocasionarse por una conducta varios resultados o, varias conductas varios resultados.

A) Concurso de delitos ideal o formal

Como ya se mencionó en el párrafo anterior, existe la posibilidad que el sujeto efectúe una sola conducta y de ésta deriven varios delitos; de manera que, existirá unidad de acción y pluralidad de resultados.

En el delito que se propone (lesiones al feto) puede existir el concurso ideal bajo distintos supuestos; sin embargo, se analizarán aquellos que pudieran significar un paralelismo por el objeto material sobre el que recae.

A)-I. Concurso ideal de delitos: aborto y 'lesiones al feto'

Para comprender la solución a los supuestos prácticos es necesario atender a la culpabilidad y a los intereses propios de la persona embarazada, mismos que adquieren relevancia jurídica.

El concurso ideal entre el delito de aborto y el proyecto de delito que se presenta en este trabajo denominado 'lesiones al feto', es importante estudiarlo en dos supuestos, el primero, cuando el aborto es voluntario o consentido y, el segundo, cuando el aborto no es consentido.

Tratándose del primer caso, la voluntad de la persona embarazada para no continuar con el embarazo genera un interés propio y jurídico, es decir, la libertad de la persona embarazada para decidir la interrupción del embarazo se enfrenta al valor de la vida prenatal, hecho que no debe eludirse, puesto que es un derecho que la propia ley otorga a la mujer.

Aunado a lo anterior, se tiene que considerar la intención del sujeto activo (persona embarazada o quien la haga abortar con su consentimiento) que pretende consumir el aborto. En este supuesto, se infiere el deseo de interrumpir el embarazo, por ende, ocasionar lesiones al feto es el medio comisivo para lograrlo, aunque exista la posibilidad de consumir el delito de aborto sin ocasionar una lesión al feto, primordialmente tendrá que transitar por ellas. Además la intención del sujeto activo no pretende un doble injusto, cometer el delito de aborto y, adicional, configurar un delito de 'lesiones al feto'; en consecuencia, no hay lugar para considerar que en esta hipótesis se acepte el concurso ideal entre el delito de aborto y el delito de 'lesiones al feto', dado que éste último se subsume en el delito de aborto.³⁸⁵

Por otra parte, se encuentra un segundo supuesto, el aborto no consentido, en él la voluntad de la persona embarazada se ve despreciada tanto como la vida del feto. El sujeto activo no sólo interrumpe el embarazo con el propósito de destruir la vida prenatal, si no que vulnera la libertad de decisión de la mujer, situación que considero no debe resolverse igual que el concurso de delitos respecto al aborto consentido.³⁸⁶

En este caso, la conducta del sujeto activo tiene un doble injusto y, por tanto, la subsunción del delito de 'lesiones al feto' en el delito de aborto, parece poco proporcionado. Por consiguiente, opino que debería comprenderse un concurso ideal de delitos entre el delito de aborto y el delito de 'lesiones al feto', de esta manera, no se restará valor a las conductas encaminadas a dañar al ser humano en gestación, puesto que el delito de aborto pareciera compartir su objeto jurídico de protección, en suma con la libertad de decisión de la embarazada.³⁸⁷

B)-I. Concurso ideal de delitos: aborto en grado de tentativa y 'lesiones al feto'

Retomando lo explicado en el punto anterior respecto al aborto consentido y su concurso con el delito de 'lesiones al feto', este último queda absorbido por el

³⁸⁵ Cfr., *Ibidem*, pp. 445-448.

³⁸⁶ Cfr., *Ibidem*, p. 431.

³⁸⁷ *Idem*.

primero, porque supone que para alcanzar la consumación del aborto se deben comprender en él las lesiones. Para el caso del aborto en grado de tentativa su solución es semejante, con excepción que ésta no es punible en el supuesto que haya voluntad o consentimiento de la embarazada.

Principiando por la solución al concurso ideal entre la ejecución imperfecta del aborto y las 'lesiones al feto' (en el supuesto en que hay consentimiento o voluntad de la gestante) la primera subsume a las segundas, porque al igual que en el aborto consumado, se comprende que existe un único dolo (el intentar interrumpir el embarazo) de ahí que, sólo se sancione la tentativa de aborto.

Lo anterior se sustenta con la siguiente tesis aislada:

HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA. EN EL SE SUBSUME EL ILICITO DE LESIONES. Si de las constancias de autos se desprende que la conducta desplegada por el sujeto activo, aunque produjo como resultado material un daño en la salud del pasivo, se verificó por el activo desplegando actos tendientes directa e inmediatamente a privarlo de la vida, sin lograr su consumación por causas ajenas a su voluntad; incontrovertible jurídicamente resulta que el proceso penal que se le instruya debe seguirse por el delito de homicidio en grado de tentativa y no por el de lesiones dado que éste se subsume en aquél, al estar evidenciada la intencionalidad del sujeto activo y no constituir el citado resultado material sino un principio de ejecución del homicidio tentado.³⁸⁸

No obstante, en el actual Código Penal para la Ciudad de México, el aborto consentido o voluntario sólo es punible cuando se consuma, es decir, la tentativa no es punible cuando la persona embarazada es sujeto activo. En este sentido se concibe que aquellas lesiones ocasionadas al feto en el curso de la tentativa de aborto quedarán impunes, pero ¿es posible considerar el delito de 'lesiones al feto' en lugar de una tentativa de aborto?³⁸⁹ Desde mi punto de vista sí es posible

³⁸⁸ Tesis: XI.2o.5 P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. II, Noviembre de 1995, p. 543. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/203785> 29 de septiembre de 2022, 02:26.

³⁸⁹ Cfr., Ramón Ribas, Eduardo, *op. cit.*, p. 448.

configurar el delito de 'lesiones al feto' sin invadir (necesariamente) el dolo del sujeto activo que intenta de manera fallida abortar.

Si bien, las lesiones que recaen en el sujeto pasivo derivan de una tentativa de aborto, es decir, atendiendo a la intención para terminar con la vida prenatal, es factible analizarlo no desde la culpabilidad (dolo), si no desde la punición que corresponde a la tentativa de aborto y a las lesiones al feto. Verbigracia, el sujeto activo que no haya completado su intención de abortar, pero ello provocó en el feto una lesión que perjudicó su sano desarrollo gestacional provocándole un daño corporal total o parcial, será responsabilizado bajo la pena correspondiente a la tentativa de aborto, misma que es inferior a la propuesta para el delito de 'lesiones al feto' y, considerando el resultado material, parece incongruente imponer una pena menor por el daño ocasionado al ser humano que al nacer tendrá que vivir con una calidad de vida ya mermada.

Como lo mencioné, esto último lo concibo sólo como una posibilidad en afán de no dejar impune cualquier conducta que dañe o altere la integridad corporal y la salud del feto, sin embargo, no lo estimo viable porque estaría en contra de la voluntad de la ley que ha privilegiado el consentimiento o voluntad de la persona embarazada en el aborto, puesto que su tentativa no es punible, por ende, las lesiones que en ella se cometen, tampoco lo serán.³⁹⁰

Continuando con otro supuesto establecido en el Código Penal para la Ciudad de México, tratándose del aborto forzado la norma penal sí sanciona su tentativa, por lo que su solución en concurso con el delito de 'lesiones al feto' cambia con respecto a la tentativa de aborto consentido o voluntario.

Tal como lo consideré para el caso del aborto consumado, estimo que las lesiones ocasionadas al feto en el intento fallido por consumir un aborto, pueden ser sancionadas de manera autónoma. Primeramente porque el sujeto activo no sólo actuó con arbitrariedad en relación con la libertad de decidir correspondiente a la persona embarazada, sino por la intencionalidad con la que ejecutó el acto para intentar alcanzar la interrupción del embarazo.

³⁹⁰ Cfr., *Ibidem*, p. 449.

Adicional a lo antes expuesto, si este supuesto se analiza como el análogo del homicidio en grado de tentativa y sus lesiones, como elemento principal para acreditarla, el criterio emitido por el Tribunal Colegiado señala lo siguiente:

HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA. PARA ACREDITAR QUE EL ACTIVO PUSO EN PELIGRO LA VIDA DE SU VÍCTIMA, ES NECESARIO QUE EL JUEZ VALORE INTEGRALMENTE SI LOS ACTOS QUE LLEVÓ A CABO FUERON LOS IDÓNEOS, Y NO SÓLO QUE UN PERITO MÉDICO CERTIFIQUE QUE LAS LESIONES CAUSADAS AL PASIVO LO COLOCARON EN REAL PELIGRO DE MUERTE. El delito de homicidio en grado de tentativa requiere que se coloque en peligro la vida de la víctima; sin embargo, la acreditación de este elemento no depende de que un perito médico certifique que las lesiones causadas al pasivo lo colocaron en real peligro de muerte, sino que es necesario que el Juez, como rector del proceso, valore integralmente, a partir de los datos que arroje la causa natural, si los actos ejecutivos del agente fueron idóneos para poner en peligro la vida del sujeto pasivo, bien jurídico tutelado por la norma.³⁹¹

En otros términos, las lesiones provocadas al sujeto pasivo no son por sí solas suficiente para acreditar el elemento que requiere la tentativa de homicidio, es decir, poner en peligro la vida de su víctima.

Explica que debe haber una valoración integral para determinar si, en efecto, los actos ejecutados por el sujeto activo fueron capaces de poner en peligro la vida del sujeto pasivo.

En la misma tesitura, si el delito de aborto en grado de tentativa (sin consentimiento) conlleva lesiones al feto, éstas no la acreditan por sí mismas sólo por exteriorizarse como resultado material, tendría que valorarse si realmente los actos que provocaron las lesiones tienen relación con el peligro al que expusieron

³⁹¹ Tesis: I.4o.P. J/2 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, Libro 19, Junio de 2015, p. 1609. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2009493> 30 de septiembre de 2022, 19:54.

la vida prenatal. Verbigracia, el esposo de la mujer embarazada pretende provocarle un aborto (sin consentimiento) mediante la administración de un fármaco cuya sustancia activa es el Misoprostol, mismo que se caracteriza por su alto efecto abortivo (aunque su uso realmente es para malestares gastrointestinales). No obstante, la depresión que esto le ocasiona a la mujer embarazada obliga a su esposo a administrarle un fármaco antidepresivo, sustancia activa Imipramina, su clasificación de acuerdo a la FDA es “D”, lo que significa que existe evidencia de daño sobre el feto en el tercer trimestre de gestación. Como el Misoprostol no fue suficiente para consumar el aborto, el feto presentó lesiones (deformación de los miembros), sin embargo, éstas no fueron consecuencia del uso del Misoprostol sino de la Imipramina.

En este sentido, sí se considera la posibilidad para sancionar de manera autónoma las lesiones al feto, sin que ello represente una contradicción al principio *non bis in ídem*, es decir, el doble castigo del dolo único del sujeto activo.³⁹²

B) Concurso de delitos real o material

Contrario al concurso ideal o formal, en el real o material se exige varias conductas que generen diversos delitos, o bien, pluralidad de conductas y pluralidad de resultados.

En el delito de ‘lesiones al feto’ se puede presentar este concurso en el supuesto que, un sujeto ingrese a una casa a robar, prive de la vida a quien se encuentre en el lugar e inmovilice a una persona gestante administrando una sustancia con efecto teratogénico y ocasione una alteración en la salud fetal; todo lo anterior implica el delito de robo, homicidio y el denominado en este trabajo como ‘lesiones al feto’.

El artículo 18 del Código Penal Federal alude al concurso de delitos formal y material al establecer que “existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se

³⁹² Cfr., Ramón Ribas, Eduardo, *op. cit.*, p. 446.

cometen varios delitos. Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos.”³⁹³

Al respecto, el numeral 28 del Código Penal aplicable en la Ciudad de México describe el concurso de delitos, aunque es importante destacar que en ella se considera la conducta no sólo como acción sino como omisión por parte del sujeto activo; por lo tanto, indica que hay concurso de delitos ideal “cuando con una sola acción u omisión se cometen varios delitos” y hay concurso real “cuando con pluralidad de acciones u omisiones se cometen varios delitos.”³⁹⁴

4.2.3.4. Acumulación

La acumulación consiste en el criterio que sigue la ley penal para imponer la punición cuando existe concurso de delitos, por lo que, se puede presentar la acumulación material, la absorción o la acumulación jurídica.

A) Acumulación material

Es la suma de las penas de cada uno de los delitos cometidos, dando como resultado la pena que debe imponerse al delinciente.

B) Absorción

Se refiere a que la pena impuesta al delito mayor absorbe las penas de los delitos menores.

³⁹³ Artículo 18. Código Penal Federal, *op.cit.*

³⁹⁴ Artículo 28. Código Penal para la Ciudad de México, *op.cit.*

C) Acumulación jurídica

Es la suma proporcional de otros delitos a la pena del ilícito mayor. Al respecto, el artículo 79 del actual Código Penal para la Ciudad de México respecto a la aplicación de la sanción en el caso de concurso de delitos, indica que:

[...] En caso de concurso ideal, se impondrán las sanciones correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse sin rebasar la mitad del máximo de la duración de las penas correspondientes de los delitos restantes, si las sanciones aplicables son de la misma naturaleza; cuando sean de diversa naturaleza podrán imponerse las penas correspondientes a los restantes delitos.³⁹⁵

Por otra parte, el mismo numeral señala que “en caso de concurso real, se impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado en el artículo 33 de este Código.”³⁹⁶

4.2.4. Clasificación del delito

Durante el desarrollo del presente Capítulo se explicaron los elementos positivos y negativos del delito a fin de adecuar la descripción legal que pretende tutelar la integridad corporal y la salud antes del nacimiento, esto es, el delito de ‘lesiones al feto.’

Expuesto lo anterior, a continuación se clasificará el delito en propuesta.

³⁹⁵ *Ibidem*, Artículo 79.

³⁹⁶ *Ídem*.

A) En función de su gravedad

Las 'lesiones al feto' actualmente no se encuentran en el contenido del Código Penal para la Ciudad de México; sin embargo, para el presente trabajo se planteó un proyecto de Tipo Penal para que específicamente regule las conductas que ocasionen un daño a la integridad corporal o una alteración a la salud del feto y a la que le corresponde una pena. De tal manera que, para esta clasificación se comprende que las lesiones al feto son consideradas como un delito, las cuales son sancionadas por la autoridad judicial.

B) En orden a la conducta del sujeto activo

Conforme a lo explicado en el punto 4.2.2.1 respecto a la conducta, ésta se puede presentar en el delito de 'lesiones al feto' como acción o comisión por omisión.

C) Por el resultado

Los delitos se dividen por el efecto que producen en formales y materiales. Los primeros, son los que no producen ninguna modificación en el mundo exterior, es decir, no requieren de una materialización; en tanto que, los segundos, exigen un resultado material.

En consecuencia, el delito de 'lesiones al feto' se clasifica de resultado material porque se ocasiona un daño en la integridad corporal o la alteración en la salud del feto.

D) Por el daño que causan

Como ya se describió en el punto 4.2.2.2. correspondiente a la tipicidad del delito, el Tipo Penal que se propone en el presente trabajo se clasifica como lesión

por el daño que causa, puesto que, se debe manifestar el daño al bien jurídico tutelado, esto último comprende la integridad corporal y la salud del feto.

E) Por su duración

Los ilícitos por su duración se dividen en instantáneos, permanentes y continuados.

El delito es instantáneo cuando se consuma mediante la realización de una acción única, es decir, en el mismo instante de efectuar la conducta se produce el ilícito. Al respecto, se denomina instantáneo con efectos permanentes, cuando se afecta en el instante el bien jurídico protegido pero sus secuelas son permanentes.

El delito es permanente cuando la conducta del sujeto activo se prolonga a través del tiempo.

Se denomina continuado al delito que, mediante diversas conductas que van encaminadas a un mismo fin, se produce un solo resultado.

Relativo a lo anterior, el Código Penal para la Ciudad de México señala lo siguiente:

ARTÍCULO 17 (Delito instantáneo, continuo y continuado). El delito, atendiendo a su momento de consumación, puede ser:

- I. Instantáneo: cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción legal;
- II. Permanente o continuo: cuando se viola el mismo precepto legal, y la consumación se prolonga en el tiempo; y
- III. Continuado: cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto activo, se concretan los elementos de un mismo tipo penal.³⁹⁷

³⁹⁷ Artículo 17. Código Penal para la Ciudad de México, *op.cit.*

El delito de 'lesiones al feto' puede ser instantáneo, con efecto permanente o continuado. Verbigracia, durante el trabajo de parto el profesional de la salud mediante el uso de fórceps ocasiona una parálisis facial al feto.

F) Por la intencionalidad

Mencionado en el punto 4.2.2.5. relativo a la culpabilidad, la intencionalidad del sujeto activo se determina por la intención de cometer el ilícito (dolo) o por la imprudencia (culpa).

El delito que se ha propuesto para sancionar el daño a la integridad corporal o la alteración a la salud del feto, establece la posibilidad que el sujeto activo actúe con dolo o culpa.

G) En función a su estructura

Esta clasificación se refiere a la afectación al bien jurídico; por lo que, se divide en simple y complejo. La primera se presenta cuando lo que se protege es un bien jurídico; contrario al segundo, en donde se tutela más de uno.

El delito en análisis salvaguarda la integridad corporal y la salud (individual) del feto; no obstante, aunque se hace referencia a la diferencia entre ambos conceptos, debe comprenderse como un solo bien jurídico tutelado, dado que la intención de subsumir a la integridad corporal en el concepto de salud (tal como se establece en el Código Penal para la Ciudad de México) es proteger al cuerpo humano y su funcionamiento en conjunto; en conclusión, este delito se clasifica como simple.

H) Por el número de actos

El delito se clasifica por el número de actos de la conducta delictiva en unisubsistente y plurisubsistente.

Es unisubsistente cuando sólo se necesita un acto, y será plurisubsistente cuando se requiere de dos o más actos que al unirse producen el delito por ser el fin mismo del sujeto activo. Por lo tanto, el delito de 'lesiones al feto' se clasifica como unisubsistente.

I) Por el número de sujetos que intervienen en el hecho típico

De acuerdo con el número de sujetos activos que intervienen en el ilícito puede ser unisubjetivo y plurisubjetivo. Es unisubjetivo al exigir la participación únicamente de una persona como sujeto activo. Será plurisubjetivo cuando se requiere de la concurrencia de dos o más sujetos.

De tal manera que, el delito en estudio es unisubjetivo porque sólo se exige la participación de un sujeto activo.

J) Por la forma de persecución

Los delitos son perseguibles de oficio y de querrela. En los primeros, sólo se requiere la denuncia del hecho por parte del ofendido o cualquiera que tenga conocimiento de éste para que la autoridad³⁹⁸ proceda contra el probable responsable, sin que medie el perdón del ofendido.

Por otra parte, el delito se persigue de querrela o también denominado 'a petición de parte' cuando a criterio de la víctima se procede o no contra el delincuente, es decir, el delito sólo se podrá perseguir por la autoridad si directamente el afectado lo solicita. A diferencia de los delitos perseguibles de oficio, en estos sí procede el perdón de la víctima.

Es el propio precepto legal el que señala si el delito es perseguible de querrela, de no mencionarlo se entenderá que su persecución es de oficio.

La perseguibilidad en el delito propuesto ('lesiones al feto') debe ser de oficio puesto que es el producto de la concepción es sujeto pasivo, el cual se puede

³⁹⁸ De acuerdo al artículo 21 de la Constitución Federal, la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías.

considerar equiparable al menor de edad si se retoma la definición de ‘niño’ establecida por la Convención sobre los Derechos del Niño³⁹⁹ de la cual México es parte.

Asimismo, tomando como referencia lo dispuesto en el delito de violencia familiar en el Código Penal para la Ciudad de México, se determina su persecución por querrela excepto cuando “la víctima sea menor de edad, incapaz o no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho.”⁴⁰⁰ Adicional a lo anterior, en la fracción IV se exceptúa a la gestante al señalar que “la víctima sea una mujer en estado de embarazo o durante los tres meses posteriores al parto.”⁴⁰¹

Es decir, tratándose del menor de edad, el delito se persigue de oficio.

K) En función de su materia

Esta clasificación del delito se analiza en la forma de creación de las leyes y su ámbito de validez; por lo que, se pueden ser comunes, federales y militares.

Son comunes los delitos que tienen validez en una determinada circunscripción territorial y emanan de las legislaturas locales.

Se consideran delitos federales los que están descritos en leyes federales y son perseguibles en todo el país.

En tanto, los delitos militares son aplicables únicamente a los miembros del ejército nacional, por lo que, estarán contenidos en la legislación militar.

El delito de ‘lesiones al feto’ planteado, es un delito común porque estaría contenido en el Código Penal para la Ciudad de México y sería aplicable en esta demarcación.

L) Clasificación legal

Los delitos se clasifican de acuerdo con el bien jurídico protegido. El delito propuesto para el presente trabajo, se considera, debe continuar al delito de

³⁹⁹ Ver punto 3.2.2.

⁴⁰⁰ Artículo 200 BIS, fracción I. Código Penal para la Ciudad de México, *op.cit.*

⁴⁰¹ *Ibidem*, Fracción IV.

lesiones que ya se regula en la ley penal; sin embargo, por la particularidad del sujeto pasivo debe formar parte de un Capítulo distinto. En consecuencia, este delito correspondería al contenido del Libro Segundo, Parte Especial, Título Primero “Delitos contra la vida, la integridad corporal, la dignidad y el acceso a una vida libre de violencia”, Capítulo III ‘Lesiones al feto’, Artículos 135 BIS y 135 TER del Código Penal para la Ciudad de México.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El Caso Contergan demostró la vulnerabilidad del cuerpo humano y la salud a agresiones que pueden lesionarlo antes del nacimiento. Con ello, se aportó un avance en el ordenamiento jurídico de diversos países respecto a su tutela penal como en España, Perú y México (legislado sólo en algunas Entidades Federativas).

SEGUNDA. La medicina y el Derecho tienen campos de investigación y conocimiento distintos, sin embargo, colaboran en situaciones específicas como lo es en materia penal referente a delitos donde la ciencia médica tiene injerencia. Asimismo, el Derecho regula las prácticas que conforman los avances y el desarrollo de nuevos métodos empleados en el ámbito médico, aun cuando el propósito de este último sea en beneficio y mejoramiento de la salud humana.

TERCERA. En el ámbito de la medicina se ha reconocido un campo importante de estudio del ser humano en desarrollo gestacional; la medicina fetal. Se caracteriza porque se auxilia de técnicas de diagnóstico prenatal para detectar, prevenir y (mediante técnicas invasivas y no invasivas) corregir alteraciones congénitas y genéticas. El feto al igual que cualquier otro enfermo, recibe atención y tratamiento médico, es por ello que las referencias a éste como paciente son comunes en la literatura y en la práctica materno-fetal. En consecuencia, la ciencia médica reconoce con ello la integridad corporal y salud del feto de manera independiente al de la persona embarazada, puesto que, es atendido como paciente y no como parte del 'estado de salud' de la gestante.

CUARTA. De acuerdo con lo establecido por la ciencia médica respecto al desarrollo del cuerpo humano en la etapa fetal, la funcionalidad de los órganos y extremidades en esta fase es imprescindible porque pueden ser lesionados por agentes externos. Para el Derecho Penal esta situación no es distinta, dado que, en el Código Penal para la Ciudad de México (como excluyente de responsabilidad en

el delito de aborto) se reconoce que el producto de la concepción puede presentar daños físicos o mentales, es decir, admite la existencia de corporeidad y salud en el feto.

QUINTA. La protección al *nasciturus* en materia civil no es ajena a la reconocida en el ámbito penal, porque ésta permite inferir directrices de protección que se amplía al resto del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, no debemos concebir que el Derecho se preocupe más por regular los bienes patrimoniales del concebido (establecido en el Código Civil para la Ciudad de México) y no por su integridad corporal y salud (en el Código Penal que rige en la Ciudad de México) porque sería considerar que los primeros tienen mayor valor jurídico que los segundos.

SEXTA. La descripción legal del delito de lesiones en el Código Penal Federal distingue los conceptos entre integridad corporal y salud al mencionar el daño y alteración que se ocasiona, respectivamente. Contrario a lo descrito por el Código Penal para la Ciudad de México, el cual subsume en el concepto de salud a la integridad corporal, situación paradójica, puesto que se eliminó el daño somático de la descripción penal para comprenderlo en la noción de salud, sin embargo, el Título correspondiente a este delito hace mención únicamente a la integridad corporal y no al de salud (individual).

SÉPTIMA. El término 'feto' no es definido en la ley penal, sin embargo, en el entorno jurídico es importante emplear una definición objetiva plasmada en el marco normativo aplicable. En México, la Ley General de Salud define este vocablo en un sentido meramente técnico, es decir, de acuerdo con la etapa correspondiente al desarrollo gestacional del ser humano estudiado desde el ámbito médico. Por tal motivo, el Derecho no debe tergiversar la definición establecida por la ciencia médica ni comprenderlo en un sentido amplio, el cual por mera tradición jurídico penal, concibe al feto como sinónimo de producto de la concepción, tal como se señala en el ordenamiento jurídico de España.

OCTAVA. En México hay un marco normativo respecto a la protección del ser humano antes de nacer en el que la legislación federal y local, así como los instrumentos jurídicos internacionales, hacen referencia no sólo a la vida del concebido, sino también a su salud. No obstante, la regulación de conductas tendientes a ocasionar un daño en su corporeidad o alteración en su salud, no se encuentra establecida en el Código Penal para la Ciudad de México.

NOVENA. Los delitos de aborto y manipulación genética actualmente descritos en el Código Penal para la Ciudad de México, no protegen la integridad corporal ni salud del feto, puesto que, el primero, tutela la vida del producto de la concepción de conductas que ocasionen su muerte, incluso si ésta no se consuma y se comprende como tentativa, la intención de interrumpir el embarazo claramente es distinta a la de únicamente lesionar; en tanto, el segundo, salvaguarda la libertad reproductiva de los individuos e impone una determinada pena por conductas que manipulen genes humanos y células germinales (espermatozoides y óvulos) con fines distintos a los autorizados o sin consentimiento del donante. De tal modo que, en ninguno de estos delitos el bien jurídico tutelado es la integridad corporal.

DÉCIMA. A partir de la reforma del año 2007 al Código Penal para la Ciudad de México respecto al delito de aborto, en la cual se despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo hasta la décima segunda semana de gestación; paralelamente se modificó la Ley de Salud de la Ciudad de México para brindar atención prioritaria a la salud sexual, reproductiva y de planificación familiar. Lo anterior es derivado principalmente del derecho a la protección de la salud; y al ejercicio del derecho a decidir libre, responsable e informadamente sobre el número y espaciamiento de los hijos; ambos derechos consagrados en el artículo 4o de la Constitución Federal.

DÉCIMA PRIMERA. En consecuencia, regular en materia penal las lesiones ocasionadas al producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno; no contraviene los derechos

de la persona embarazada ni la tutela a la integridad corporal y salud del feto, debido a que la interrupción voluntaria del embarazo en este término corresponde sólo al periodo embrionario y, el ser humano aún no tiene corporeidad ni salud.

PROPUESTA

Las conclusiones a las que se han llegado en el presente trabajo son sustanciales para determinar directrices en materia penal tendentes a la protección de la integridad corporal y la salud (individual) antes del nacimiento. De tal manera que, se ha considerado adicionar, incluir y modificar el Código Penal para la Ciudad de México, así como los Códigos Penales correspondientes a las Entidades Federativas en donde esta tutela ya se encuentra establecida.

PRIMERA. El Código Penal para la Ciudad de México menciona únicamente a la integridad corporal en el Título que regula los delitos de homicidio, lesiones, ayuda o inducción al suicidio, aborto, y feminicidio. Sin embargo, en la descripción genérica del delito de lesiones se hace mención a la salud y no a la integridad corporal, entendiendo que este último es comprendido en el concepto de salud, lo cual considero es erróneo porque son términos cuya definición es distinta, es decir, la salud se altera y la integridad corporal se daña.

Por lo tanto, se propone sea incluido el término salud (individual) en el Título Primero del Libro Segundo, Parte Especial y reformar el numeral 130, con la finalidad de distinguir a la integridad corporal de la salud.

Texto vigente	Texto propuesto
LIBRO SEGUNDO PARTE ESPECIAL TÍTULO PRIMERO DELITOS CONTRA LA VIDA, LA INTEGRIDAD CORPORAL, LA DIGNIDAD Y EL ACCESO A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA [...]	LIBRO SEGUNDO PARTE ESPECIAL TÍTULO PRIMERO DELITOS CONTRA LA VIDA, LA INTEGRIDAD CORPORAL Y LA SALUD , LA DIGNIDAD Y EL ACCESO A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA [...]

<p>CAPÍTULO II LESIONES ARTÍCULO 130. Al que cause a otro un daño o alteración en su salud, se le impondrán [...]</p>	<p>CAPÍTULO II LESIONES ARTÍCULO 130. Al que cause a otro un daño a la integridad corporal o alteración en la salud, se le impondrán [...]</p>
---	---

SEGUNDA. Para tutelar a la integridad corporal y la salud del feto en el Código Penal para la Ciudad de México, se propone adicionar la descripción legal del delito denominado ‘lesiones al feto,’ en un Capítulo independiente al de lesiones, pero consecutivo a éste. Asimismo, incluir en la propuesta la definición del vocablo ‘feto’ establecida en la Ley General de Salud, dado que, ante la ausencia de ésta se debe remitir a lo señalado por la norma aplicable en toda la República. En consecuencia, el texto se redactaría de la siguiente manera:

Texto vigente	Texto propuesto
	<p>LIBRO SEGUNDO PARTE ESPECIAL TÍTULO PRIMERO</p> <p>DELITOS CONTRA LA VIDA, LA INTEGRIDAD CORPORAL, LA DIGNIDAD Y EL ACCESO A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA</p> <p>CAPÍTULO III LESIONES AL FETO</p>

ARTÍCULO 135 BIS. La lesión al feto es un daño en la integridad corporal o alteración en la salud por causas externas.

Para efectos de este Código, el feto es el producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno.

ARTÍCULO 135 TER. A quien por cualquier medio o procedimiento cause al feto una lesión que perjudique su sano desarrollo gestacional provocándole un daño corporal total o parcial, disfunción orgánica permanente o temporal, o bien, cause enfermedad incurable o deformidad, se le impondrán de 3 meses a 3 años de prisión o trabajo en favor de la comunidad.

Si las lesiones fueren causadas por un profesional de la salud, además de las sanciones que le correspondan, se le suspenderá en el ejercicio de su profesión por un término igual a la pena de prisión impuesta.

	<p>Cuando las lesiones al feto sean causadas culposamente, las sanciones se reducirán a la cuarta parte, con la salvedad de la persona embarazada, que no será penada por su imprudencia.</p>
--	--

TERCERA. En la propuesta anterior se emplea la definición del término ‘feto’ en sentido estricto para precisar el inicio y la conclusión de esta fase de desarrollo gestacional y, de esta manera, delimitarla del periodo embrionario; todo ello de acuerdo con lo establecido por la ciencia médica. No obstante, en la descripción legal referente al delito de aborto en el Código Penal para la Ciudad de México se especifica el comienzo del embarazo pero no su terminación, omisión que es importante corregir, debido a que la etapa fetal finaliza simultáneamente con el embarazo.

Por tal motivo, se propone incluir el texto que describe la terminación del proceso de la reproducción humana, definido por la NOM-007-SSA2-2016 Para la atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, y de la persona recién nacida.

Texto vigente	Texto propuesto
<p>CAPÍTULO V</p> <p>ABORTO</p> <p>ARTÍCULO 144. Aborto es la interrupción del embarazo después de</p>	<p>CAPÍTULO V</p> <p>ABORTO</p> <p>ARTÍCULO 144. Aborto es la interrupción del embarazo después de</p>

la décima segunda semana de gestación.	la décima segunda semana de gestación.
Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio.	Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio y termina con el nacimiento.

CUARTA. En el artículo 148 del Código Penal en comento, se comprenden las excluyentes de responsabilidad penal en el delito de aborto, una de ellas es el aborto eugenésico, o bien, cuando se diagnostica al producto con alteraciones genéticas o congénitas que pongan en riesgo su sobrevivencia.

Sin embargo, es relevante advertir que al emplear el vocablo ‘producto’ se hace referencia al ser humano en desarrollo gestacional tanto en la fase embrionaria como en la fetal, lo cual no es acertado porque el embrión no ha desarrollado corporeidad ni órganos que tengan funcionalidad desde esta etapa. Es decir, si el daño físico o mental diagnosticado antes del nacimiento excluye de responsabilidad al sujeto que comete el delito de aborto, entonces lo ideal es proponer que se utilice el término ‘feto’ cuya definición es congruente debido a que es el periodo en donde se desarrolla el cuerpo humano y la funcionalidad de diversos órganos.

Adicional a lo anterior, conforme al reconocimiento de identidad de género publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal (hoy Ciudad de México) el 5 de febrero de 2015, se propone sustituir la expresión ‘mujer embarazada’ por la ‘persona embarazada’.

Texto vigente	Texto propuesto
ARTÍCULO 148. Se consideran	ARTÍCULO 148. Se consideran

<p>excluyentes de responsabilidad penal en el delito de aborto:</p> <p>[...]</p> <p>III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada.</p>	<p>excluyentes de responsabilidad penal en el delito de aborto:</p> <p>[...]</p> <p>III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el feto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la persona embarazada.</p>
--	--

QUINTA. Las lesiones ocasionadas al ser humano antes del nacimiento, están comprendidas como un delito en el Código Penal correspondiente a los Estados de Coahuila, Jalisco, Zacatecas y México; no obstante, su descripción legal y ubicación en el contenido de la ley penal no es la más acertada.

Las descripciones legales señaladas en los Códigos Penales aplicables en los Estados de Zacatecas y México, sancionan las lesiones al producto de la concepción como tentativa de aborto y lesiones ocasionadas a la persona embarazada, respectivamente. Considero que en ambas legislaciones pese a sancionar las conductas cometidas en perjuicio del producto de la concepción, no se reconoce la autonomía de sus lesiones, sino que se describen sólo como consecuencia de otro delito. Para ambos casos, estimo conveniente que la propuesta principal del presente trabajo, respecto a adicionar un delito denominado 'lesiones al feto', sería lo congruente.

En el Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza se considera como delito las ‘lesiones al concebido,’ éstas son parte del Capítulo destinado al delito de lesiones, lo cual tampoco es adecuado porque la descripción legal básica señala el daño en la salud de otro y, con este último término, no se extiende la salvaguarda de la integridad corporal y la salud antes del nacimiento. Reiterando sobre la denominación que debe coincidir con el desarrollo de la corporeidad, lo ideal es emplear el vocablo ‘feto’.

Texto vigente	Texto propuesto
<p>CAPÍTULO SEGUNDO</p> <p>LESIONES</p> <p>[...]</p> <p>ARTÍCULO 346 BIS. SANCIÓN Y FIGURA TÍPICA DE LESIONES AL CONCEBIDO. Se aplicará prisión de dos a siete años y multa, al que por cualquier medio dolosamente cause en el concebido una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una deficiencia física o psíquica de por vida.</p> <p>Si la acción fuere realizada en su desempeño por una profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término.</p>	<p>CAPÍTULO TERCERO</p> <p>LESIONES AL FETO</p> <p>ARTÍCULO 346 BIS. SANCIÓN Y FIGURA TÍPICA DE LESIONES AL FETO. Se aplicará prisión de dos a siete años y multa, al que por cualquier medio dolosamente cause en el feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una deficiencia física o psíquica de por vida.</p> <p>Si la acción fuere realizada en su desempeño por una profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término.</p>

Si la conducta descrita se realizara culposamente, las sanciones se reducirán a una tercera parte, salvo si se trata de la mujer embarazada, que no será penada por su imprudencia.	Si la conducta descrita se realizara culposamente, las sanciones se reducirán a una tercera parte, salvo si se trata de la persona embarazada, que no será penada por su imprudencia.
---	--

Por último se propone que en el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco, el daño a la integridad corporal y la alteración en la salud del producto de la concepción después de la decimosegunda semana gestacional, se debe encontrar descrito en un Capítulo distinto al delito de lesiones, de esta manera, se reconocería que la intención legislativa es velar por el bien jurídico del feto, y no estimarlo como parte del ‘estado’ de gestación de la persona.

Texto vigente	Texto propuesto
<p>CAPÍTULO II</p> <p>Lesiones</p> <p>[...]</p> <p>Artículo 207. Al responsable del delito de lesiones que no pongan en peligro la vida, se le impondrán:</p> <p>[...]</p> <p>VI. De dos a cinco años de prisión, cuando las lesiones fueren producidas a una mujer embarazada causándole alteración en la salud o integridad</p>	<p>CAPÍTULO III</p> <p>Lesiones al feto</p> <p>212 BIS. Se impondrán de dos a cinco años de prisión al responsable de causar la alteración en la salud o integridad física del feto.</p>

física al producto de la concepción.	
--------------------------------------	--

FUENTES DE CONSULTA

BIBLIOGRAFÍA

1. Amuchategui Requena, Griselda, *Derecho penal*, 4a. ed., Oxford, México, 2012.
2. Báez Martínez, Roberto, *Principios de Derecho*, PAC, México, 2012.
3. Basile, Alejandro Antonio, *Lesiones (aspectos médico-legales)*, Universidad, Buenos Aires, 1994.
4. Bras Marquillas, Josep et al., *Pediatría en atención primaria*, Springer- Verlag Ibérica, Barcelona, 1997.
5. Brena Sesma, Ingrid, *El derecho y la salud. Temas a reflexionar*, UNAM, México, 2004.
6. Briggs, Gerald G. et al., *Fármacos durante el embarazo y la lactancia. Guía de referencia sobre el riesgo fetal y neonatal*, 8a. ed., trad. de Gonzalo Claro Díaz et al., Lippincott, México, 2009.
7. Cabero Roura, Luis y Saldívar Rodríguez, Donato, *Operatoria obstétrica: una visión actual*, Médica Panamericana, México, 2009.
8. Calderón Cerezo, Ángel y Choclán Montalvo, José Antonio, *Derecho penal. Parte especial*, Bosh, t. II, Barcelona, 1999.
9. Calderón Martínez, Alfredo T., *Teoría del delito y juicio oral. Juicios Orales*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2016.
10. Cancio Meliá, Manuel, *Caso Contergan*, en Gutiérrez, Ostiz y Sánchez, Pablo (coords.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011.
11. Carpizo, Jorge y Valadés, Diego, *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2008.
12. Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl, *Código Penal anotado*, 26a. ed., Porrúa, México, 2007.

13. Castaño de Restrepo, María Patricia y Romeo Casabona, Carlos María, *Derecho, genoma humano y biotecnología*, Temis, colección Derecho médico-sanitario, Bogotá, 2004.
14. Cruz y Cruz, Elba, *Introducción al derecho penal*, IURE, México, 2010.
15. Díaz Aranda, Enrique, *Lecciones de Derecho Penal* (para el nuevo sistema de justicia de México), STRAF, México, 2014.
16. Flores Madrigal, Georgina Alicia, "El derecho a la protección de la vida e integridad física", en Cienfuegos Salgado, David y Macías Vázquez, María Carmen (coords.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Protección de la persona y derechos fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
17. Gamboa de Trejo, Ana, *Derecho Penal*, Oxford, México, 2010.
18. García Jiménez, Arturo, *Dogmática Penal en la legislación mexicana*, Porrúa, México, 2003.
19. González Merlo, J., *Obstetricia*, 4a. ed., Masson, Barcelona, 1995.
20. Gratacós, Eduard et al., *Medicina Fetal*, Médica Panamericana, México, 2007.
21. Harrison, Michael R. et al., *El paciente prenatal: arte y ciencia de la terapia fetal*, 3a. ed., McGraw-Hill, México, 2002.
22. Hernández Pacheco, José Antonio, (comp.), *Medicina crítica y terapia intensiva en obstetricia*, Intersistemas, México, 2008.
23. López Betancourt, Eduardo, *Delitos en particular. Tomo I*, 12a. ed., Porrúa, México, 2004.
24. Loredó Abdalá, Arturo et al., *Maltrato en niños y adolescentes*, Textos mexicanos, México, 2004.
25. Meade Hervert, Oliver, *El Derecho, Patria*, México, 2007.
26. Narváez Hernández, Ramón, *La persona en el Derecho Civil. Historia de un concepto jurídico*, Porrúa, México, 2005.
27. Newman, Barbara y Newman, Philip R., *Manual de psicología infantil*, Limusa, vol. I, México, 1985.

28. Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *La individualización de la pena de prisión*, Porrúa, México, 2003.
29. Ortiz Luna, Mario Alberto, *Acercamiento al Derecho*, CULTURAL, México, 2004.
30. Osorio Nieto, César Augusto, *Síntesis de Derecho Penal. Parte general*, 4a. ed., Trillas, México, 2002.
31. Palacios Vargas, Ramón, *Delitos contra la vida y la integridad corporal*, 3a. ed., Trillas, México, 1988.
32. Ramos Duarte, Rebeca Antonia, “La protección de la vida prenatal en México de conformidad con la jurisprudencia interamericana: Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, en Capdevielle, Pauline y Medina Arellano, María de Jesús (coords.), *Bioética laica. Vida, muerte, género, reproducción y familia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.
33. Ramón Ribas, Eduardo, *El delito de lesiones al feto. Incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud*, Comares, Granada, 2002.
34. Romeo Casabona, Carlos María, *El médico y el derecho penal*, t. II- vol. I: Los problemas penales actuales de la Biomedicina, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2011.
35. Sadler, T.W., *Langman. Embriología médica con orientación clínica*, 10a. ed., trad. José Luis Ferrán, Médica Panamericana, Buenos Aires, 2008.
36. Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, 4a. ed., Tea, t. III, Buenos Aires, 1992.
37. Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Lesiones que ponen en peligro la vida*, Astrea, Buenos Aires, 2008.
38. Valdez Borroel, Hugo Moisés, *Derecho Penal Mexicano*, Flores, México, 2014.
39. Vargas Alvarado, Eduardo, *Medicina legal*, Trillas, México, 1996.

LEGISLACIÓN NACIONAL

40. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [vigente]
https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/pagina/documentos/2021-05/CPEUM_28052021.pdf
41. Ley Federal del Trabajo [vigente]
<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=VzNC+MslnhhIDEEjByD59U/0mBQXeS9J3f/Y257APfteyf849CkeLxslCnVG0C/0>
42. Ley General de Salud [vigente]
<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=yfVZCh0lzyksx2HBZO2TH966H6/8SZd562N+2A2evET2x0/JMjak02e2a/Juplak>
43. Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes [vigente]
<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=s6n2if7Uv7A+Z8l0w3ky6b5BhzYdY+me5ux37HfCVtdLorfgXfjvrlW5O3M+u5fl>
44. Código Civil Federal [vigente]
<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=BHGcbWrG7ukiUiW/WEuu/vBe4AYiw+dMBV7FIWJ4jPSDJK6opmQb+D0fxtXNFD9d>
45. Código Penal Federal [vigente]
<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=BHGcbWrG7ukiUiW/WEuu/ipc3NxyTuF7hBx/RnUQ0ZCUmO8i+LosEAVDbBR91Da6>
46. Código Nacional de Procedimientos Penales [vigente]
<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=jo1MZB7Tk4MkDjL7X1mKvZ7VGGAAKE3dzuqJNXtJfLc4hXuTsk92lqXijWf8Msea>

47. Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Guanajuato [vigente]
<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=WVhKjmhCYz0ufl+8glULIB7mQw31eYEHdqG1dNVlcd6O4gcMFF9RQtX1LJ9o5V9A>
48. Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nayarit [vigente]
<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=iNe8TcPHpMMO/ASvajxKkt1v8gef6LrTkIK/VKs6AwT2f6x7kZwPzjKDhKTG//L>
49. Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Colima [vigente]
<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=jH6QLtI9Ee0Bh7li0fC77JnZQKQaGA1D9Kf0+IStjiljhdmb/wH+65U8Qw49Zlc>
50. Ley de Salud de la Ciudad de México [vigente]
<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=Zjujqyrt96VrJeY7Tvcvh+ZfTVI7rg6JV5mNF0U7eYckRhFW8l8rH/DptDabDkB>
51. Código Civil para la Ciudad de México [vigente]
<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=XiHGMGm0tf3DexUGxyTnSPNaKmT09ddgqMrV1/G/bLuUSJCLMODC7zIDECDbFmvy>
52. Código Penal para la Ciudad de México [vigente]
<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=XiHGMGm0tf3DexUGxyTnSPpFGm2Co3Zli2C8TOeg1Zycfmm4pl3naa/DPVzsLMWy>
53. Código Penal de Coahuila de Zaragoza [vigente]
<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=HyhCeKoVXreNENmIWqWmGbpvema8PcxNTFzsHK7q0q9r9sxMz7JNIGdJjLAV2F23>
54. Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala [vigente]
<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx>

*px?q=CDMddE+Bke8KMN205Fd+CtbWe0rMpKmE/sCambe4HQLLzJpQW
GYULUqod51liX1/*

55. Código Penal del Estado de Campeche [vigente]
<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=8PNljF0XLLo0JQS04occqp7v3hMrSGIXRVwjP/D23BDpzCo5OfrK0KhgVcWU7+Qe>
56. El Código Penal para el Estado de Zacatecas [vigente]
<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=DoCO7z6Du2Mrh7oxD/3ymdPPq3xiPjZk7JqRNL1S0WClAGJXQaA03mxHDOBvU04>
57. Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave [vigente]
<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=dBwlr2Y8dQHxR0t4KBWx2Yk7yQN/9rfkrcE+WXucaYsfZJob/vHXkPmFf5ji5T4H>
58. Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco [vigente]
<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=IOyqDofbFLGDAD4UXA/alMgsxGpsz/1EDaCCoOOCUrF2Oox6ZTISEqV5hKEJEaW5>
59. Código Penal del Estado de México [vigente]
<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=V95NcogKxHpUN4bFbjWt9jLU+Yuztf7YD2VFgy9YvXMaaHEXM+Jluq1rnSJvr5FM>
60. Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Guerrero [vigente]
<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=pwUhdNvCSySjs8D73SRJEE0/x0T1R43Pqg2/e23Zer16VVL3sDBe9Fjgg2HrJ/pT>
61. Código Penal para el Estado de Aguascalientes [vigente]
<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=CDMddE+Bke8KMN205Fd+Cvgc+cHsEZdz7cbldrXFf0iBI2ado+H8+CeBUXb/rty8>

62. Norma Oficial Mexicana NOM-007-SSA2-2016, Para la atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, y de la persona recién nacida [vigente]

http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5432289&fecha=07/04/2016

63. Norma Oficial Mexicana NOM-034-SSA2-2013, Para la prevención y control de los defectos al nacimiento [vigente]

http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5349816&fecha=24/06/2014

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

64. Constitución de la Organización Mundial de la Salud [vigente]

<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=yBr2tTSjXm7EvAg1ecUlVw3mokRHTIUXiGxXh3xA7PDDvOICI5WGdl eu8YmNGy2R>

65. Código Penal alemán [*Strafgesetzbuch (StGB)*] [vigente]

<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>

66. Convención Americana sobre Derechos Humanos [vigente]

<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=zmlkJ/89AXJJKRY4OR4AdIPQZfCqTe6jJaFF3zcsXfBQoOjvpuD2W+RcZ//NrR3j>

67. Convención sobre los Derechos del Niño [vigente]

<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=b/EcoMjefuFeB6DOaNOimMz7kdKtJ2lsJNHZLOCmbhmA4eqYITkhn9OLZEEE9GIN>

68. Declaración de los Derechos del Niño [vigente]

<http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2007.pdf>

69. Ley Orgánica del Código Penal 10/1995 [España] [vigente]

<https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

JURISPRUDENCIA

70. Tesis: XX.2o.60, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, Enero de 2007 <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/173636>
71. Tesis: VII.1o., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIX, Mayo de 2009 <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/167252>
72. Tesis: XI.2o.5 P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. II, Noviembre de 1995, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/203785>
73. Tesis: I.4o.P. J/2 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, Libro 19, Junio de 2015, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2009493>

DICCIONARIOS

74. Diccionario de la Lengua Española
<http://dle.rae.es/?w=diccionario>
75. Diccionario médico-biológico
<http://dicciomed.eusal.es>
76. Goldstein, Raúl, *Diccionario de derecho penal y criminología*, 3a. ed., Astrea, Buenos Aires, 1993.

REVISTAS

77. Adame Goddard, Jorge, “Análisis de la sentencia que declara constitucional a la ley del Distrito Federal, que permite a la madre dar muerte al concebido menor de doce semanas”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLII, núm. 125, mayo- agosto de 2009.
78. Adame Goddard, Jorge, “La reforma del Código Penal del Distrito Federal que autoriza el aborto del menor de doce semanas”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XL, núm. 120, septiembre-diciembre de 2007.

79. Escobar Fornos, Iván, “Derecho a la reproducción humana (inseminación y fecundación *in vitro*)”, Cuestiones Constitucionales, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm.16, enero-junio de 2007.
80. Ramos Gutiérrez, Ruth Yesica et al., “Embarazo en adolescentes como factor de riesgo para maltrato fetal”, *Ginecología y Obstetricia de México*, México, vol. 77, núm. 7, julio 2009.
81. Soto- Toussaint, Luis Héctor, “Violencia obstétrica”, Aspectos médico-legales en la práctica de la anestesia, *Revista Mexicana de Anestesiología*, México, vol. 39, suplemento 1, abril- junio 2016.
82. Villanueva Egan, Luis Alberto et al., “¿De qué hablamos cuando hablamos de violencia obstétrica?”, *Revista CONAMED* [Comisión Nacional de Arbitraje Médico], México, vol. 21, suplemento 21, 2016.

CIBERGRAFÍA

83. Diario Oficial El Peruano, Disponible en: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/27716.pdf>
84. Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE) A.C., 2012, “Derechos humanos de las mujeres y protección de la vida prenatal en México.” Disponible en: https://gire.org.mx/wp-content/uploads/2016/07/DH_mujeres_vidaprenatal.pdf
85. “Médicos se quedan sin luz en una cesárea y cortan la oreja a un bebé,” México, 17 de junio de 2022, *Revista Proceso*, Disponible en: <https://www.proceso.com.mx/nacional/2022/6/17/medicos-se-quedan-sin-luz-en-una-cesarea-cortan-la-oreja-un-bebe-287962.html>
86. “Realizan en México la primera cirugía fetal correctiva de espina bífida,” México, 08 de marzo de 2017, *Periódico El Excelsior*, Disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/nacional/2017/03/08/1150880>