

301809

12
2y.



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

Escuela de Derecho

Con estudios incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México

**ANALISIS Y PROPUESTA DE MODIFICACION AL
ARTICULO 466 DE LA LEY GENERAL DE SALUD**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
GERARDO B. CUBRIA BERNARDI

México, D. F.

1987

FALLA EN ORIGEN



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 está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

INDICE

<u>P R E S E N T A C I O N</u>	X
	PAGINAS
CAPITULO I	
<u>ANBITO MEDICO BIOLOGICO</u>	1
A. DESARROLLO CONCEPTUAL.	1
B. CARACTERISTICAS ESPECIFICAS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL HUMANA	15
C. FECUNDACION IN-VITRO.	31
CAPITULO II	
<u>DISERNIMIENTO DE LA INTERVENCION HUMANA EN SU REPRODUCCION.</u>	38
A. PLANTEAMIENTO DE SU PROBLEMÁTICA	38
B. LA PROCREACION Y SU FUNDAMENTO LEGAL EN MEXICO.	43
C. LA INSEMINACION ARTIFICIAL HUMANA Y SU FUNDAMENTO DE DELITO.	50
CAPITULO III	
<u>LA EXISTENCIA Y ADECUACION PENAL DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL HUMANA</u>	60
A. ANALISIS Y CLASIFICACION DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL HUMANA COMO DELITO (ARTICULO 466 DE LA LEY GENERAL DE SALUD).	
A.1 EN EL ORDEN A LA CONDUCTA.	61
A.2 EN EL ORDEN AL RESULTADO.	62
A.3 EN EL ORDEN AL DAÑO.	65

A.4 EN EL ORDEN A SU DURACION.	67
A.5 EN EL ORDEN A SU CULPABILIDAD.	70
A.6 EN EL ORDEN AL NUMERO DE ACTOS DE LA ACCION TIPICA	71
A.7 EN EL ORDEN AL NUMERO DE SUJETOS.	72
A.8 EN EL ORDEN A SU PERSECUCION.	73
B.- LA INSEMINACION ARTIFICIAL HUMANA COMO DELITO, ANTE LOS DELITOS SEXUALES DEL CODIGO PENAL.	74
B.1 AIENTADOS AL PUDOR.	77
B.2 ESTUPRO	82
B.3 VIOLACION	88
B.4 RAPTO	93
B.5 INCESTO	96
B.6 ADULTERIO	99
C. LA INSEMINACION ARTIFICIAL HUMANA COMO DELITO, ANTE OTROS DELITOS DEL CODIGO PENAL.	108
C.1 DELITOS CONTRA LA SALUD	108
C.2 REVELACION DE SECRETOS	110
C.3 RESPONSABILIDAD MEDICA	111
CAPITULO IV	
<u>DERECHO COMPARADO EN PROYECTOS Y LEGISLACIONES.</u>	114
A. LEGISLACION DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA	114
B. PROYECTO SUECO	118
C. LEGISLACION ESPANOLA	121
D. LEGISLACION ALEMANA	121
E. LEGISLACION MEXICANA	122

PAGINAS

CAPITULO V

MODIFICACION AL ARTICULO 466 DE LA LEY GENERAL
DE SALUD. 127

CONCLUSIONES XI

BIBLIOGRAFIA XII

HEMEROGRAFIA XIII

P R E S E N T A C I O N

Una de las grandes lecciones que nos lega, el Derecho Romano, consiste en la paralela progresión de la dinámica social comparativamente con la dinámica jurídica, esto es que las fórmulas legales cuyo anacronismo señalaba la evolución social, cobraban nueva vida - adaptándolas a la evolución de las costumbres, pero - más que nunca determinaron que esta progresión también ocurría en el ámbito médico científico, como este ensayo pretende establecer, debido a que la humanidad, esta viviendo ya el advenimiento de una nueva era biológica que acarrea consigo nuevas perspectivas y hechos - insospechados que alteran o modifican profundamente los lineamientos de la propia vida humana y su cause social. Este es, el Derecho no debe permanecer esclerótico ante los avances técnicos científicos, a efecto de reglamentarlos en su trascendencia social, lo anterior es uno - de los puntos que han motivado el presente estudio.

Por otra parte, se trata de desentrañar la problemática jurídico-penal de esta nueva practica de concepción artificial en momentos en que todo mundo se encuentra más

más a sus anchas utilizando con menor exactitud y mayor conveniencia la ciencia médica frente a la ciencia jurídica. En tal virtud, este trabajo pretende adecuar un descubrimiento científico, como lo es la Inseminación Artificial Humana como delito, identificándolo - como tal y analizándolo en lo individual y así mismo, - en lo general dentro de los delitos sexuales del Código Penal, en sus casos específicos y además establecer que su tipificación en una Ley Especial adolece de vicios a imperfecciones legislativas de origen, por lo - que este ensayo propone una normativa de aplicabilidad presente y futura, con alto grado de equidad social y autoridad jurídica, que evite que en su debida trascendencia en un futuro no lejano haya contenciosos juicios penales y civiles, así como controversias morales y so ciales en México.

CAPITULO I

AMBITO MEDICO BIOLOGICO

A. DESARROLLO CONCEPTUAL.

El hombre en su afán por un alcance más elevado dentro de su propia autosatisfacción, hace progresos cada vez más significativos en el dominio y utilización de nuevas sofisticadas formas de energía, electrónica y técnicas que afectan en forma por demás directa el acontecer diario del hombre.

Los avances técnicos-científicos en general, mismos - que se podrían enumerar consecutivamente y diariamente más nunca terminar, esto es, la carrera constante e infatigable. En los dos últimos siglos, el hombre - ha alcanzado límites y metas insospechados, como ejemplo patente la utilización de la sola fuerza física y motriz del hombre a la fuerza nuclear.

Lo anterior significa su conocimiento en cuanto al dominio de la propia naturaleza y por ende, el vínculo - social puede llegar a entendimientos insospechados. Pero el despegue científico en el que radica el presente capítulo es el avance dentro del campo biológico, mismos adelantos que se considerarían surgidos de propias obras de ciencia ficción, como lo son la creación de -

drogas capaces de transformar conductas y respuestas -
psíquicas, píldoras que inhiben la concepción, pero lo
más impactante lo es la manipulación genética, la inse-
minación artificial y la fecundación in-vitro (FIV).
El hombre descubridor insatisfecho y amo en el dominio
de su propia creación nunca consideró y ha considerado
las consecuencias inherentes de su exitosa conducta -
trascendencias que pueden conducir a perturbaciones in-
sospechadas en cuanto al propio desenvolvimiento de la
humanidad, a tal grado de que muchos investigadores -
caen dentro de la interrogante de que estos avances -
científicos tendrán límites provechosos o nefastos en
el futuro del hombre.

Los fenómenos de todo orden que producen los adelantos
y avances, traen consigo una influencia directa en el
campo del Derecho, más las estructuras y los esquemas
jurídicos subsisten escleróticos, ante el vendaval cien-
tífico, esto es, los límites de avance y aplicabilidad,
deberían ser paralelos a un tutelaje común, y es aquí,
donde el legislador se ha visto subyugado ante un --

apabuyage de investigaciones científicas que día a día ensombrecen los inertes moldes del Derecho positivo. - Es la necesidad imperiosa que en el futuro, el legislador tendrá que crear nuevas e ingeniosas figuras jurídicas, que vayan aparejadas con el avance científico. - Por lo pronto, la no regulación de las figuras de manipulación genética y reproducción han creado profundas divergencias éticas, políticas, sociales y jurídicas. Por lo anterior, se debe necesariamente pensar en un derecho del futuro que analice, adecue y regule en todas sus consecuencias y trascendencias la manipulación genética y la reproducción humana. Este análisis, adecuación y regulación debe comprender necesariamente el ámbito del léxico biológico, para un mayor entender jurídico. - Por ende la patente labor del legislador deberá ser ininterrumpida, a efecto de que los preceptos de derecho no estén significativamente resagados comparativamente con las necesidades y exigencias propias de una sociedad sofisticadamente evolutiva, esto es el legislador deberá involucrarse como conocedor y creador de derecho dentro

de las figuras de manipulación genética y reproducción, para discernir en su repercusión positiva o negativa - dentro del contexto jurídico social.

El presidente del comité consultivo de ética, para las ciencias de la vida y la salud, el biólogo Jean Bernard sostiene "que el hombre va a conquistar desde ahora, - hasta que termine el siglo, tres dominios, estos van a ser el dominio de la reproducción, el de la herencia y el del cerebro. Cada una de estas conquistas plantea - problemas morales fundamentales, por eso es esencial que la ética y ciencia caminen juntos". (1)

Tras muchos años de constante investigación, para obtener mejores métodos para limitar el desenfreno poblacional, ahora, todo el énfasis de la investigación se encuentra enfocado a que la reproducción humana se realice sin la necesidad de un contacto sexual, esto es, por medios artificiales, es decir una determinante ausencia carnal del hombre y de la mujer y aún más de la presencia de un tercer sujeto denominando "donador". Al hablar de una artificialidad en la reproducción humana, estamos conside-

(1) MAJER, DANTE.- "Ética y Progreso Científico" Ovaciones
=====
Segunda Edición (México, D.F., 28 de marzo de 1985) -

rando el logro de nacimientos bajo características o condiciones adversas, todo un verdadero acontecimiento, pero que bajo otro tipo de aspectos su práctica trae consigo que el acto sexual entre hombre y mujer deja de ser un acto primario y esencial para la concepción de un nuevo ser humano.

Se ha entendido que la inseminación artificial humana gira en torno del problema de la infertilidad o incapacidad de concepción, pero la infertilidad tiene dos aspectos, el temporal y parcial o subinfertilidad, esto significa que una pareja puede parecer no fértil durante un año o más y luego concebir (temporal) o cuando existe un factor de reducido número de espermatozoides (oligospermia) o el bloqueo en las trompas de falopio limitan las posibilidades de que se produzca la fecundación. (subfertilidad), más la esterilidad es un término restrictivamente específico de no concepción.

La aparición en la actualidad de estos descubrimientos en la reproducción humana, han dado esperanzas a muchas parejas que adolece de problemas de esterilidad, como -

lo es la fecundación in-vitro (en tubo) o fertilización extracorporea (FEC): Esta concepción ha traído consigo problemas inherentes a su propia existencia como lo es "el alquiler de útero", "préstamos de úteros", "madres -suplentes", estas últimas son mujeres que aceptan un -embarazo en lugar de otras que están impedidas para tener hijos, esto es, son las que "prestan" ó "albergan" en su propio útero el fruto de una fecundación artificial, mismo que fué creado por la unión artificial de -células sexuales del marido y el ovulo de la mujer estéril, cuyo útero no puede sostener o mantener el fruto. Este método ha comenzado a tener gran éxito en Francia, pero bajo características de ilegalidad, como lo ha advertido un diputado en el parlamento, en lo que se -refiere a la fecundación artificial, la Ley admite que el semen del marido sea introducido en el ovulo de la propia esposa, para que en tal caso el hijo sea de los cónyuges; pero en el caso de la "madre suplente", la -generadora es completamente extraña a la familia, razón por la cual la Ley se opone terminantemente al "présta-

mo de úteros" debido a que traerla aparejada un incontro-
lable tráfico de recién nacidos.

Bajo el encabezado de ¡se alquilan úteros!, el Prof. Marc
Maillet explica que "los ginecólogos en poco tiempo y -
gracias a sus investigaciones en los vertebrados superio-
res, será posible transferir los óvulos fecundados de una
mujer en el útero de una madre receptora, por supuesto, -
siempre por razones médicas, en efecto, existen algunas mu-
jeres que no pueden llegar al término del embarazo, por -
estar enfermas de algún mal que se agravaría con la gesta-
ción, o por haber sufrido la histerectomía, (ablación del
útero).

El huevo es extraído de la mujer que no puede ser madre, -
el huevo será fecundado en probeta y luego transplantado
al útero receptor, previa preparación hormonal, de una -
"madre suplente" que se encargará de nutrir con su sangre,
de soportar todas las molestias, pero que también dará a -
luz, al que sin embargo, no habrá concebido. Más adelante
el Prof. Marc Maillet se pregunta ¿habrá mujeres que acep-
ten que su útero se convierta en una "casa de huéspedes",

en "residencia secundaria" o en "centro de cria"? y se contesta diciendo: "probablemente si", muchos donan su sangre, algunos obsequian un riñón para salvar la vida de un hombre, ¿porqué no aceptarla una mujer donar temporalmente una placenta?, sin embargo, existe la posibilidad de que este préstamo de útero no este determinado por una voluntad altruísta. Al igual que las nodrizas vendian el producto de sus pechos, algunas mujeres aceptarían una suma mensual a cambio de alquiler de su útero, lo constituiría una fuente de ingresos inesperada" (2)

Por lo anterior, realmente sería prudente que en algún momento en nuestro país se hablara del "alquiler de úteros" y por ende su lógica reglamentación legal y es aquí donde nuevamente se alude a la presencia del legislador previendo y regulando dentro de un marco legal terminológico que no afecte la misma susceptibilidad de la sociedad.

"Existe una nueva forma de esclavitud alquilada que se suma a aquella otra esclavitud de la compra venta de -

(2) MAILLET, MARC.- De los Bebés de Probeta a la Biología del Futuro.- [Tr. Prof. Sergio Madero Báez] Primera Edición, Editorial P.L.M. México, 1981.-Pág.53

niños; ambas para satisfacer la demanda de nuestros - vecinos del norte en cuanto a la maternidad se refiere. Mujeres norteamericanas y canadienses evaden, por razones distintas, las molestias del embarazo; algunas, en vísperas de contraer matrimonio se operan para evitar la fecundación; no es extraño en esos países que las mujeres que tienen hijos se ubiquen entre la población latina inmigrante, principalmente.

Pero esta decisión del no embarazo no sería cuestionable si quedara tan solo en el rechazo a la maternidad como consecuencia de la liberación femenina mal entendida, ya sea por las exigencias de trabajo productivo fuera del hogar o por el predominio del mundo adulto, maduro, en donde los niños parecen ser un estorbo (no es raro, por ejemplo, que en los países desarrollados y tratándose de eventos sociales, se invite a los padres con la advertencia de que asistan sin sus hijos menores, a diferencia del tratado de que aquí otorgamos a nuestros niños, los "reyes de la casa").

Y sin embargo, se desdeña el embarazo pero no a los -

hijos: se informa que en la frontera con los Estados Unidos de Norte América, las mujeres mexicanas humildes, con necesidades económicas, "alquilan" sus vientres para propiciar el nacimiento de niños que no son suyos, pues son producto de la inseminación artificial de parejas norteamericanas que desean ser padres sin pasar por las "molestias" del embarazo en la mujer; a cambio, ofrecen comodidades y atenciones a las "madres alquiladas", además de diez mil dólares.

Aquí no existe perjuicio de clase o racial: las norteamericanas que demandan el embarazo ajeno a sus cuerpos, son de nivel económico alto y acuden a mexicanas pobres quienes pasan por un riguroso examen médico para ser candidatas por su buena salud sin padecer enfermedades contagiosas o transmisibles.

Y en este fenómeno de esclavitud alquilada y que es un ejemplo de explotación y abuso indiscriminado, se lleva a cabo impunemente; negocio en expansión que comercia con la necesidad, aprovechando los avances de la ciencia médica para fines injustificables.

Se indica que "hasta ahora las mujeres que más han convenido a los norteamericanos para el trasplante de embrión han sido las mexicanas porque en ellas casi no existe el riesgo de amenaza para la potestad del hijo común".

Una demanda más de nuestros vecinos que en ellos resulta común y sin riesgos y por nuestra parte, la ausencia de leyes y de aspectos jurídicos que la contemplen (3) para la inseminación artificial humana en México, existe actualmente una legislación si así se puede nombrar, por lo específica y raquitica mención del tema, en el artículo 466 de la Ley General de la Salud y propiamente el corolario del anterior artículo viene siendo el 68 de la misma Ley que corresponde al capítulo sexto y que se refiere a los "servicios de planificación familiar" mismos en los que se mencionan estos "servicios" que corresponden el apoyo y el fomento, de la investigación en materia de anti-concepción, fertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana (Fracción IV).

(3) RUIZ, PATRICIA: "Embarazo en Alguiler: Negocio -- Redondo". Trasos del Tiempo Sol de México, Edición Mediodía. México. D.F., Jueves 4 de septiembre 1986. Página 4.

Fuera de lo anteriormente indicado no existe ningún otro artículo del mismo o de otro ordenamiento que determine o mencione algo al respecto, situación que en lo personal preocupa tal inobservancia, más no se comprende porque el legislador no le dió la importancia y trascendencia al caso, más este ensayo dará la relevancia actual y futura del tema a considerar en la mencionada legislación. Por lo anterior, nos preguntamos donde se regulariza la presencia de los llamados bancos de semen humano, que su existencia es inminente ante la figura de la inseminación artificial humana.

"En los Estados Unidos existen bancos de semen, un ejemplo de esto lo constituye la Clínica Tyler, que cuenta con cuarenta donadores que en dos o tres visitas a ella por semana a efecto de eyacular en un vaso, por veinte dolares, los indicados los donadores cubren los requisitos de hombres prototipo de elevado coeficiente intelectual. En la mencionada clínica existen ocho tanques con diez mil ampolletas congeladas, cada una cuenta con 1.2 cm^3 , seis mil ampolletas son de hombres que se

sometieron a la vasectomía o tratamiento quimioterapéutico. Otra muestra de lo anterior es la clínica de Roberto A. Graham, en California donde se acepta únicamente a premios nobel como donadores para su propio banco de semen. Para las mujeres cuyo problema radicaba en la esterilidad de su marido la solución se dió en el comienzo de los setentas, con el surgimiento en los Estados Unidos de Norte América, de los bancos de semen humano, en este país actualmente existen diecisiete bancos de esperma congelado con alrededor de cien mil muestras para su venta. (4)

Joshua Lederbert, profesor de genética y biología en la Universidad de Stanford de los Estados Unidos de Norte América, afirma que, "los científicos no son, de ninguna manera, los arquitectos de la política social y limitan sus funciones a la tarea de interpretar los desafíos técnicos que enfrentan a la humanidad. (5)

"Los científicos han contestado diciendo que la investigación científica avanza en la libertad; que la ciencia empezó a progresar en el momento en que escapó del

-
- (4) "Fecundación y Concepción Humanas. Nuevas Posibilidades" - Información Científica y Tecnológica. - Vol II No. 30, México, D.F. Septiembre (1980) pág.2-5
- (5) NEAD, MARGARET. ET. AL. - El Derecho a Vivir (Tr. Marla Teresa La Valle) Primera Edición, Editorial Americana, Buenos Aires, 1970. Pág.134

control de las iglesias y cuando los médicos pasaron - por alto los juicios y perjuicios de la sociedad. El - investigador necesita trabajar sin ataduras" (6)

Definitivamente que los científicos requieren de libertades para incrementar su labor de creatividad científica e investigadora, esto es realmente un concepto evolutivamente progresista, considerándolo en forma - específica dentro del mundo del descubrimiento, pero, involucra otros ámbitos como lo es el de la sociedad, la cual es permanentemente tutelada por el Derecho.

La reproducción humana artificial bajo distintas variaciones, como lo son, niños de probeta, congelación del semen, madres de alquiler etc., realmente proceden únicamente de dos técnicas de reproducción en laboratorio, como lo son la inseminación artificial y la fecundación in-vitro (FIV) la primera más sencilla que en la segunda, pero al fin y al cabo, dos maneras de manipulación genética. Por lo que se hace necesario que en este ensayo se efectue el análisis específico de estas dos figuras de reproducción artificial.

(6) MAILLET, MARC. De los Bebés de Probeta a la Biología del Futuro. - (Tr. Prof. Sergio Madero Bdez) Primera Edición, Editorial P.L.M., México, 1981. Págs. 5-6

B. - INSEMINACION ARTIFICIAL HUMANA

"La inseminación término usado comunmente en el sentido de inseminación artificial, que es la transmisión artificial del semen de un hombre a la mujer, a este método - se le denomina ocasionalmente fecundación artificial, término que induce a confusión con la inseminación artificial, en la que un óvulo femenino es fecundado por el espermatozoide masculino, más aún debe establecerse una distinción entre la inseminación homóloga, en la que se utiliza el semen del marido y la heteróloga en la que el semen procede de un donador desconocido, el cual permanece en el anonimato para el matrimonio, por obvias - razones psicológicas y de su misma preservación. La inseminación homóloga generalmente se emplea cuando el - marido adolece de impotencia, o en la mujer de anomalías anatómicas, motivos que hacen imposible la fecundación normal y la heteróloga cuando el hombre es totalmente - esteril" (7).

"Por consiguiente la inseminación artificial es la introducción de espermatozoides en el interior de los órganos sexuales de la mujer por medios técnicos, inseminación

(7) ENCICLOPEDIA MEDICO FAMILIAR. Ed. ARGOS, 1977
BARCELONA TOMO II VOL. I Página 242.

quiere decir transmisión de semen, el médico solo puede transmitir líquido espermático y es preciso esperar para comprobar si con éllo ha conseguido la fecundación, la operación puede repetirse cuantas veces se desee, - con la inseminación artificial puede conseguirse la concepción en los casos de alteraciones físicas que impiden las relaciones sexuales normales entre un hombre y una mujer, el espermatozoides del marido se obtiene mediante - una autosatisfacción, conservado o mantenido a bajas temperaturas" (8)

"Se hace notar que normalmente se destruyen los espermatozoides cuando se descongela el semen, una rara excepción a esta regla es el semen humano el cual hace muchos años se observó que unos cuantos espermatozoides sobrevivían al congelamiento y al deshielo, aún después de su exposición a temperaturas extremadamente bajas con gases líquidos. Las técnicas para la congelación y almacenamiento se han depurado al máximo para su explotación y es el nitrógeno líquido (-190°C) el refrigerante que se utiliza con más frecuencia" (9)

(8) GOLDSTEIN, MARTIN " LEXICO DE LA SEXUALIDAD" (Tr. - L. RODRIGUEZ LOPEZ) Loc. PRIMERA EDICION Ed. LOQUEZ - MEXICO 1981 Página 105.

(9) AUSTIN, C. R. y SHORT, R. V. " CONTROL ARTIFICIAL DE LA REPRODUCCION" (Tr. ENRIQUE HIDALGO DIAZ DE LA VEGA) Loc. Ed. LECTURAS CIENTIFICAS DE LA PRENSA MEDICA MEXICANA. México 1982 páginas 14-15

"Al parecer los arabes en 1322 hablan tratado empiricamente de practicas la aproximación artificial del semen para la reproducción de los caballos de raza, totalmente un episodio legendario y es a fines del siglo XVIII. un celebre biólogo italiano, el abate Lázaro Apallanzani, al descubrir la teoría de la inseminación, estableció que no se podía realizar ninguna prestación sin un contacto directo entre los genes femeninos y masculinos, más en el año 1960 consigue la fecundación de una perra con un sabueso". (10)

"En 1799 el cirujano John Hunter consigue la primera inseminación artificial de una mujer, vertiendo con "mucho respeto" el esperma de un tercero en el organo externo de ésta, cuyo esposo fue afectado de hipospadias y deseaba a toda costa perpetuar su linaje...El siglo XIX solo ofrecerla algunos ejemplos aislados de aplicación ginecológica del método". (11)

En el umbral del siglo XX comenzó a propagarse a través del mundo la práctica de la inseminación artificial de la mujer particularmente en los países anglo- - -

(10) RAMBAUR, RAYMOND.- "El Drama Humado de la Inseminación Artificial.-Tr. Dr. Baldomero Cordon Bonett) Loc. ED. Impresiones Modernas, México 1953, Pág. 13

(11) IBIDEM página 14

ajones, es decir la segunda guerra mundial precipitó la difusión del procedimiento, principalmente en los Estados Unidos, un ejemplo de esto lo constituye, - que muchas esposas de combatientes fueron fecundadas mediante esperma marital mismo que fué transportado en avión. (12)

"En sí, el método de inseminación artificial, debe ser la decisión que debe tomarse después de que la - mujer o el hombre hayan sido sometidos a exámenes mi nuciosos, que ayuden a denunciar a la mujer o en el hombre, algún defecto anatómico o fisiológico, que - hace ilusorio un coito completo, pero que puede clínicamente remediarse, del resultado de esos exámenes dependerá si es o no conveniente la indicación de la inseminación artificial, sin que sea necesario recurrir a los servicios de un tercer dador (heteroinseminación) " (13)

"Datos históricos y etimológicos confirman que en to das las latitudes y en todos los tiempos, el hecho - biológico de la maternidad esta influenciado por -

(12) IBIDEM Pág. 16

(13) IBIDEM Pág. 27

factores sociales, que generalmente la exaltan, la favorecen, protegiendo al hijo desde antes del nacimiento; las fuerzas de la costumbre y de la moral obedecen aquí al primado de una organización superior a ella que necesitaría el solo interés individual." (14)

"En todos los pasajes históricos de la humanidad encontramos la existencia mitológica de la "diosa de la fecundidad", que fué representada por una matrona, con un cuerno de la abundancia y un niño, - además la fecundidad de las mujeres tuvo otra representación, como una parturienta en el lecho y dos niños jugueteando en torno, en tiempos de Nerón se les ofreció un templo votivo (ofrecido mediante voto), servido por sacerdote que hacía fecundar a las mujeres flagelándolas con una correa de macho cabrío" (15)

"En ciertas sociedades se llega hasta considerar la procreación como una función social, en la que la mujer tiene la obligación de no sustraerse. Entre los

(14) IBIDEM pág. 184

(15) GAYTÁN, CARLOS "DICCIONARIO MITOLOGICO" OCTAVA IMPRESIÓN, ED. DIANA, MEXICO 1975 pág. 239

indues, relata el Dr. Lévi-Valencin, el marido que no tiene hijos obliga a su mujer a entregarse ya sea su hermano u otro pariente. En la antigüedad clásica, el matrimonio se consideró como un deber cívico. Licurgo y Solón, animaban al marido estéril a favorecer el adulterio de su joven esposa, "que no era responsable", dice Plutarco, "a un hombre que se encontrase ya viejo y que tenía una esposa joven, si veía a un hermano joven que le agradaba y que le parecía de naturaleza gentil, lo llevaba a costarse con su mujer, para llenarla de buena simiente y después confesar el fruto que naciera de éllo, como si huiese sido enjendrado por él mismo" En Atenas la esposa de un marido estéril debía después de la autorización de su esposo, elegir un amante entre los más próximos parientes del marido." (16)

Lo anterior, ha sido insertado al presente proyecto considerando la trascendencia que constituye la infertilidad en donde se presentan dos considerables problemas como son, la existencia de la mujer como la

(16) RAMBAUR. RAYMUND. Op. cit. pág. 185

incapás de engendrar y por lo cual ha tenido que soportar el aprobio de ser despreciada ridiculizada y en cierta manera repudiada por la propia sociedad. El otro problema es la patología psíquica de la pareja en consideración de la apreciación social que la rodea. Los daños causados son frecuentemente inadvertibles para otros, pero son enormemente reales y angustiosos para aquellos que están afectados por este problema. No es de extrañar que personas con problemas de esterilidad, sientan que han perdido la oportunidad de experimentar la fecundación, el embarazo y el nacimiento; la posibilidad de compartir una parte de la creación de un individuo. Otra razón para el tratamiento de la infertilidad está en los intereses de una nación en particular, por ejemplo, donde la política gubernamental depende del crecimiento de la población y donde un cierto porcentaje de la población es estéril o de avanzada edad, puede parecer compatible con el interés nacional el tratamiento de la infertilidad. Se argumenta en muchas ocasiones,

que el tratamiento de la infertilidad no es relevante, porque existe un alto índice de natalidad en el mundo. Es de evidente razón, que la infertilidad no es un problema exclusivo de la mujer, como machistamente por años se ha considerado, esto es, el hombre también puede ser víctima de la infertilidad, como son las siguientes afectaciones, Zoospermia es decir, la ausencia de todo elemento vivo en el líquido seminal o bien, la oligospermia, es decir, una inferior cifra de espermatozoides a la normal (200 millones por cc). Pero además de las anteriores otra causa es la incapacidad de eyacular o una poca cantidad de semen, a veces los testículos y otros órganos genitales masculinos, que contribuyen a la producción del semen, están inadecuadamente formados y por esta causa no se encuentra espermatozoides maduros, un análisis del semen puede mostrar; aspermia ausencia de esperma o con motilidad (movimiento) reducido, tesatospermia, formas anormales de espermatozoides, otras veces los testículos y otros órganos, se hayan dañados a causa de una infección, la

presencia del cáncer u otros tumores en los testículos, ocasiona una producción deteriorada de esperma -
Éllo se debe a que las drogas anticancerígenas utilizadas durante el tratamiento dañan las células productoras de esperma en los testículos.

Por Éllo, es ahora una práctica medica aceptada, el recoger y congelar algunos espermatozoides antes de iniciar un tratamiento con drogas anticancerígenas, ya que si se desea, tener un hijo más adelante, se podrá conseguir por medio de la inseminación artificial, después de descongelar el esperma del marido. Otro tipo de esterilidad masculina es consecuencia del procedimiento de esterilización (vasectomía). La vasectomía consiste en seccionar y ligar, bajo anestesia en el canal deferente de cada testículo. A pesar de que una vasectomía reversible tiene éxito frecuentemente en términos quirúrgicos, la calidad del esperma no siempre es satisfactoria después de la reversión, por este motivo, los hombres que han sido esterilizados deben ser informados, de que la reversión puede no tener

éxito y antes de decidir someterse a una vasectomía, conviene que reflexionen acerca de la posibilidad - de proceder a la congelación del semen. Normalmente se precisan tres análisis del semen para diagnosti- car con certeza la calidad o cantidad de esperma. - Ello se debe a que el resultado de cada análisis pue- de variar según las circunstancias particulares en que se recogió.

Un análisis de semen implica abstinencia de relacio- nes sexuales durante tres o cuatro días, seguida de masturbación en un recipiente estéril, la muestra se analiza para determinar la motilidad (movimiento) del esperma, su morfología (apariciencia), el volumen de la eyaculación y sus componentes químicos". (17)

Muchos de los tratamientos de infertilidad masculina - son relativamente ineficaces. A los hombres con proble- mas en producción de esperma, se les puede ofrecer la inseminación artificial de su esposa, por medio de un donante, con las mismas características del marido - (complexión, color de ojos, cabello, piel, etc)". (18)

(17) WOOD, CARL - WUESTMORE, ANN (Tr. PILAR VAL) PRIMERA EDICION, FONTANELLA BARCELONA, 1984 Págs. 33-36

(18) IBIDEM. págs. 42 - 43

las causas más frecuentes de infertilidad femenina y su tratamiento tiene un mayor éxito del que se obtienen con los hombres. La causa más frecuente de infertilidad femenina, es la enfermedad o lesión de las trompas de Falopio, cualquier cicatriz o lesión en el indicado revestimiento de las trompas de Falopio, puede afectar el paso de espermatozoides, del óvulo o del embrión, haciendo imposible el embarazo. Una enfermedad tubarica, suele tener su origen por una infección ocurrida después de dar a luz, de un aborto, de una apendicitis, peritonitis o propiamente una actividad sexual. Otra causa de infertilidad femenina tiene su origen en el transtrono de las hormonas reproductivas femeninas, la ovulación depende de la interacción de las hormonas del ovario y de la glándula pituitaria. Si esta glándula produce cantidades inadecuadas o excesivas de las hormonas pertinentes, los ovarios no responden adecuadamente afectando la fertilidad. La endometriosis puede dar como resultado una infertilidad y es cuando el tejido que

reviste el útero (endometrio) se desarrolla en distintos órganos en la pelvis, los lugares más corrientes de migración del tejido endometrial, son los ovarios detrás del útero y en el interior de las Trompas de Falpio. Se sospecha la existencia de endometriosis, si una mujer de veinte a treinta años sufre dolores durante la ovulación o antes o durante el periodo menstrual. La endometrisis; se presenta en forma de pequeños granulos, protuberancia o quistes en la pelvis y causa la esterilidad impedir el paso de los óvulos desde el ovario a las trompas bloqueando el paso del esperma o de los óvulos en el interior de las trompas, Los fibromas o tumores esféricos en el útero, también pueden causar infertilidad, esos tumores no son cancerosos pero pueden ocasionar periodos menstruales dolorosos y abundantes, así también constituyen la infertilidad, las lesiones en el cuello del útero que pueden dar lugar a que la mujer no logre un embarazo, así intervienen también factores psicológicos, como lo es, la ten-

sión aguda, en que las mujeres dejan de ovular o menstruar. "(19)

Así pues, se han determinado explícitamente las causas de infertilidad masculina y femenina lo que han dado lugar, a la creación de nuevas formas de tratamiento de fecundación como lo es la inseminación artificial humana.

Pero para que la inseminación artificial humana, tenga éxito, se requiere de elementos específicamente determinantes como lo son:

- a) Determinación en un alto porcentaje de exactitud de la fecha de ovulación.
- b) Realizar varias inseminaciones con intervenciones de cuatro días anteriores y posteriores al intermenstruo.
- c) Total cuidado y protección en la manipulación y almacenamiento del esperma a efecto de mantenerlo en óptimas condiciones ante su deterioro.
- d) La recolección del esperma deberá realizarse en forma directa de su expulsión a un frasco en esta

(19) IBIDEM, págs. 36 - 42

do estéril en calor seco.

Pero como complemento de los anteriores factores de éxito, se requiere de un adecuado y minucioso procedimiento como lo es:

Situada la mujer en posición ginecológica y la mesa basculada en grados hacia atrás y el cuello del útero bien expuesto por un espéculo se instala el esparma mediante tres emboladas en el interior del cuello en pleno moco... se retira el espéculo y se deja a la paciente en decúbito durante un periodo no menor de quince minutos" (20).

Pero cuando se habla de una inseminación artificial heteróloga, existe un tercer elemento básico en una exitosa inseminación artificial, como lo es el "dador" o "donador" el cual deberá a criterio del médico proceder a un exámen de salud general y sus cualidades genéticas, esto es, antecedentes físicos y mentales, tanto como sea posible obtener, con las cualidades físicas y raciales del marido" (21).

"El expediente del donador debe mencionar las

(20) RANBAUR, RAYMOND, Op, Cit, pág. 39.

(21) IBIDEM págs. 37 - 38

las características morfológicas y raciales. Así como se va a practicar la inseminación, se recoge el espermatozoide del donador que tiene mayor parecido con el del padre legal. Cabe hacer notar, que en los comienzos de la práctica de la heteroinseminación humana, el papel del sustituto generador, era confiado a veces al hermano del marido, debido al parecido genotípico, pero la experiencia de esa solución se juzgó deplorable a causa de los graves malentendidos que creaba en el seno de la familia y rápidamente se adoptó casi universalmente el principio actual del anonimato del "dador". Ante la paciente y todos los suyos. En los bancos de semen, la identidad del donante permanece en el anonimato y la selección la hace el médico directamente, esta normativa, se emplea en la mayor parte de los bancos de semen de todos los países excepto en Suecia, país que recientemente se ha legalizado que el niño concebido mediante heteroinseminación podrá conocer la identidad del "dador" al alcanzar la mayoría de edad". (22)

(22) RAMOS, ANGELICA, "BEBES DE LABORATORIO" "REVISTA PADRES E HIJOS, AÑO 6, NUMERO 64, (1º de noviembre de 1985), pág. 8 - 13

Todo lo que constituye la inseminación artificial humana, como medida de fecundación, es una etapa evolutiva de creación de ser humano, que busca su incansable meta de perfección a costa de su probable desintegración social, pero otra forma más sofisticada aún, lo ha constituido la aparición del "Bebe de probeta" a lo que es la fecundación *in-vitro* o en laboratorio, constituyéndose esta en una absoluta manipulación genética, que el hombre ha creado sin un orden normativo social y ético por lo que se hace necesario su análisis en el presente proyecto.

C. FECUNDACION IN-VITRO (FIV)

Es la técnica de fecundación más reciente y sofisticada que consiste en extraer (por medio de la laparoscopia) varios óvulos del ovario de la mujer, para ponerlos en contacto con las células sexuales masculinas en una probeta o tubo de ensayo y una vez fecundados, - evento que se realiza veinticuatro horas más tarde, se transfiere por vía vaginal al útero de la mujer (transferencia del embrión). La fecundación in-vitro no es - una panacea, pues no cura la esterilidad, pero sí ofrece la posibilidad de vencer una barrera en la fecun- - dación, más no cabe duda que se trata de una técnica bondadosa. Ya que este método (FIV) tiende a resolver los problemas de algunas mujeres que no pueden llegar al - término del embarazo, por estar enferma de algún mal - que se agravaría con la gestación o por haber sufrido - la histerectomía (ablación del útero). Es ahí donde nace el nuevo concepto de las "madres portadoras", "madres sustitutas", "madres suplentes", "madre -

subrogada", y aún más el término de "paridora". Los mencionados adjetivos, se refieren a aquellas mujeres que aceptan el embarazo en lugar de otras que no pueden tener hijos, son las que "prestan" ó "albergan", en su propio útero el fruto de la fecundación artificial, que se transformará luego en un re bosante bebé" (23)

"Para ingresar un poco en la historia de este tipo - de fecundación tan actual y revolucionaria, diremos que cinco años después del descubrimiento de la fecundación en 1880, Shenk, intentó la primera fecundación in-vitro en el conejo y en el caballo. En estas especies, la fecundación se desarrolla en el apa rato genital, para estudiarla Shenk, recogió los ovu los del ovario y los colocó en presencia de espermatozoides en un medio de cultivo que contenía únicamente las secreciones genitales y fragmentos del u tero; los óvulos no fueron fecundados. Un siglo de para el descubrimiento de la fecundación, de la posi bilidad técnica de realizar en la especie humana, la

(23) ALPI, CESARE "LAS MADRES SUPLENTES UN ACTO HUMANITARIO", CUESTIÓN, SEGUNDA EDICIÓN, (MEXICO, D.F. 29 DE MARZO, 1985) pág. 8.

unión de las células sexuales en el exterior de las vías genitales, esto es una probeta". (24)

Los protagonistas centrales de esta increíble hazaña son: R.G. Edwards, quien es un biólogo nacido en Leeds en 1925, obtuvo sus diplomas en el colegio universitario de Gales del Norte. En 1951 siguió sus cursos en el Instituto Of Animal Genética, de la Universidad de Edimburgo, donde obtiene el diploma de genética animal en 1952, trabajó durante doce años al lado de Steptos, el segundo protagonista, Dr. Patric Steptos, originario de Europa Central, ex-médico militar de la Royal Navy (la armada real), es uno de los pioneros de la celioscopia, es ginecólogo obstetra de Kershaw's Hospital especialista en problemas de esterilidad". (25)

"Ambos investigadores, han logrado hacer fructificar sus investigaciones en el campo de la fertilización extracorpórea. Para estos célebres ingleses, Luise Briawh fué "la niña del siglo" o "el bebé milagro", - en Francia el diario Le Martin escribió "el bebé de

(24) MAILLET, MARC Op, Cit. pág. 20

(25) IBIDEM, págs. 43 - 45

de lo posible". Luise Brawk, "el Bebé de probeta", nació el 25 de julio de 1978, a las veintitres horas en el hospital de Oldham, no lejos de Manchester, siendo esta fecha la que marcó el principio de la nueva era de los bebés de probeta". (26)

"El método de fecundación in-vitro se resume en cuatro etapas:

Primera etapa; consiste en la obtención de los ovocitos (huevos Inmaduros), los cuales son hechos madurar mediante un tratamiento hormonal.

Segunda etapa; consiste en un lavado, pues el líquido seminal que acompaña a los espermatozoides contiene una sustancia denominada factor de descapacitación, dicho lavado tiene por objeto hacer sufrir a los espermatozoides una transformación fisiológica que recibe el nombre de "capacitación"; es decir adquieren, la posibilidad de fecundar a los ovocitos. Los ovocitos y los espermatozoides se depositan luego en una probeta que contiene el medio de cultivo idóneo para que se produzca el fenómeno.

(26) IBIDEM, págs. 40 - 43

Tercer etapa; es el cultivo de los huevos fecundados, es en esta etapa donde los huevos fecundados se colocan en un medio de cultivo, el medio de Ham. F10, al que se le ha agregado albúmina o suero fetal bovino y una pequeña cantidad de suero de la mujer a la que le extrajeron los ovocitos, en este estado es donde se lleva a cabo el desarrollo embrionario, hasta la etapa del blastosísto.

Cuarta etapa: consiste en la implantación del embrión por vía vaginal en el útero de la madre". (27)

"Después de los "Hijos de jeringa" vamos a vivir dice el Profesor Marc Mallet el principio de la era de los bebés de probeta".

Este método de fecundación nacido de la más elevada técnica científica, ha logrado lo que en décadas anteriores se hubiese considerado como una verdadera novela de ciencia ficción, la creación humana fuera de su propio universo corporal, ha dado lugar a ilimitadas posibilidades de ser padres a un gran número de parejas que adolecían de complejidades psicossomáticas e - - -

(27) IBIDEM pág. 25 y 35

inclusive agudas patologías de comunicación y conducta entre sí y en su adecuación a su propio ámbito social.

Pero como se comentaba en el desarrollo conceptual - de este proyecto, la creación de este tipo de figuras de fecundación, traen consigo además de palpables beneficios, consideraciones sociales, en las cuales el legislador como incansable tutor de la creación y aplicación del derecho, debiera utilizar toda su habilidad legal a efecto de tipificar las consecuencias actuales y futuras de este método de fecundación que ya ha tenido trascendencia en otros países como lo es en Francia, en el cual ya se han aplicado las medidas jurídicas a efecto de ajustar la ley con objetividad y equidad, pero así también esta figura trascendental de fecundación ha llegado a nuestro país, como hecho palpable lo ha constituido la mención hecha en este mismo proyecto y en que la mujer mexicana humilde, cede su útero para obtener así un modo de supervivencia ante su propia fatalidad económica y ante el grotesco abuso

de parejas extranjeras que ven solucionado su problema de embarazo, pisoteando los principios de integridad física de estas mujeres. Este abuso, se acrecienta y se retroalimenta, ante la ciega inobservancia de las leyes mexicanas que permanecen escleróticas y estáticas ante esta figura de fecundación. Y es aquí - donde nos preguntamos hasta donde y hasta cuando nuestra legislación caminará a la par de las consecuencias científicas.

CAPITULO II

DISCERNIMIENTO DE LA INTERVENCION HUMANA EN SU REPRODUCCION.

A.- PLANTEAMIENTO DE SU PROBLEMATICA.

Con la aparición o advenimiento de procesos tan sofisticados y complejos en la propia creación humana, como lo son la inseminación artificial humana y la fecundación in-vitro, se ha hecho imprescindible la actuación oportuna y eficaz del legislador, para determinar y legitimizar las actuaciones de estas dos figuras en todas sus consecuencias y trascendencias sociales.

"Ya que cada vez más se hace perceptible la desconexión que existe entre el derecho objetivo y las realidades sociales que hoy vive el mundo. Considerando que el derecho objetivo en su doble aspecto de sistema normativo que impera en una sociedad determinada y de conjunto de conocimientos teóricos relativos a los fenómenos jurídicos, se advierten en general, que sus preceptos están notoriamente retrasados respecto a las existencias de una sociedad moderna y que sus elabora-

ciones teóricas que muy poco avanzan, continúan tejidas en torno de principios y supuestos propios de otras épocas. Todo esto hace de la legislación positiva algo ineficiente inactual y de los estudios jurídicos algo vano y añejo". (1)

El legislador mexicano se ha mostrado aunque no indiferente sí demasiado modesto y frugal, en lo que atañe al desarrollo de una legislación, que en específico reglamente la manipulación de la reproducción humana.

"Para legislar no deberá tenerse en cuenta solamente las necesidades actuales y manifiestas de la sociedad, por que hay necesidades ficticias, cuya satisfacción acarrearla gravisimos males, porque hay legítimas necesidades latentes que es preciso descubrir y remediar, porque hay necesidades antagónicas que es forzoso armonizar y porque el legislador debe tener los ojos fijos en el porvenir". (2)

Un sistema legislativo más moderno corresponderia a - nuestro parecer a:

-
- (1) NOVOA, MONREAL, EDUARDO. "EL DERECHO COMO OBSTACULO AL CAMBIO SOCIAL" SEPTIMA EDICIÓN, ED. SIGLO XXI, MEXICO, 1985 Pág. 13.
- (2) VERA, HERNANDEZ, JULIO CESAR "INSEMINACION ARTIFICIAL EN SERES HUMANOS. INCIDENCIAS JURIDICAS" REV. FORO DE MEXICO, NUMERO 82, 1960, pág. 90.

- a) Que las leyes nuevas, se dictaran con cabal conocimiento del ordenamiento jurídico vigente y en la forma que su propósito innovador tuviera pleno efecto, considerando los influjos recíprocos que operan entre dicho propósito y el ordenamiento jurídico anterior.
- b) Que el legislador contara con plena información acerca de los hechos para dictar una nueva ley.
- c) Que la redacción de las leyes fuera jurídicamente satisfactoria y expresaran conceleridad y precisión el verdadero pensamiento del legislador".

(3)

"Las leyes no estan siempre redactadas de manera clara y precisa, y no han podido preever todas las situaciones que se presentan en la práctica. De ahí resulta que hay para el jurista, muchos puntos obscuros controvertidos. Los autores tienen entonces por visión la de proponer soluciones para esas dificultades, pero hay que recordar que la doctrina no presenta ningun valor jurídico, sino un mero valor - -

(3) NUVOA, MONRREAL, EDUARDO, Op. cit. Pág. 63

intelectual auxiliar en la aplicación e interpretación de las normas". (4)

"La doctrina mexicana es una etapa forjadora de una clara visión futurista se ha planteado la dogmática jurídica y este nuevo método de procreación, como ejemplo: el derecho de las obligaciones ha estudiado a la inseminación artificial humana en su relación con el "daño moral". (5)

"En el derecho sucesorio ha creado el tema de la "sucesión del hijo producto de una fecundación artificial". (6)

"Y desde el punto de vista del derecho penal se ha planteado la problemática de la inseminación artificial humana como conducta no tipificada en el código penal vigente" (7)

Es así el planteamiento del problema legislativo en torno a la reproducción artificial humana, es patentemente grave, más aún, este específico problema normativo, no es de carácter individual aislado sino es presente en todas las ramas del derecho, es por lo cual, proyec-

(4) FLORESGOMEZ, GONZALEZ, GUSTAVO Y CARVAJAL, MORENO, FERNANDO, "NOCIONES DE DERECHO POSITIVO MEXICANO" décima Tercera edición, Ed. Porrúa, México 1976, pág. 33

(5) GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO "DERECHO DE LAS OBLIGACIONES" Segunda Edición, Ed. Cajica, México 1965, pág. 591

(6) DE IBÁRROLA, ANTONIO "COSAS Y SUCESIONES" Op.cit. Pág. 56

(7) MARTINEZ ROARO, MARCELA "DELITOS SEXUALES" Op.cit. Pág. 79

tos como este que nos atiende; trata de esclarecer en forma por demás objetiva la existencia de patéticas imperfecciones legislativas que causan grandes contingencias jurídicas, creando presencias indeseables de conductas que degradan y destruyen la estructura jurídica-normativa de la sociedad.

Así es como este medio enfoca un problema legislativo determinando como lo es la inseminación artificial humana, pero además trata de proyectar su carencia legislativa a efecto de crear un discernimiento que enmarca la necesaria determinación de normas jurídicas de aplicación actual y futura, creando una impartición de justicia en un ámbito de respeto y equidad.

Por otra parte, este proyecto en específico trata la naturaleza biológica de la inseminación artificial humana, con el propósito de ubicar, especificar y esquematizar la existencia misma de esta figura reproductiva a efecto de ser comprensible. Consecuentemente este, adecua a la inseminación

artificial humana en el contexto jurídico penal, pero sin antes de haber establecido y determinado la normativa procreacional en México; así mismo se establece el artículo que funge como trascendental para la existencia misma de este proyecto y constituye el fundamento de la artificial humana como delito, se hace necesario el análisis dogmático del procepto legal y su concluyente crítica, además se diserta la normativa internacional creando un derecho comparado. Y por último, como respuesta al profundo análisis de la inseminación artificial nos lleva a determinar sus obligaciones e imprescindibles conclusiones y una aportación normativa, modificando su actual fundamento de delito.

B.- LA PROCREACION Y SU FUNDAMENTO LEGAL EN MEXICO.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo cuarto, establece que "toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos" Este artículo constitucional de plena liber

tad física del hombre para desarrollarse dentro de un contexto de amplio bienestar procreativo.

"Así mismo engendrar, multiplicar la especie, trascender la transitoriedad del ser humano proyectando nuevos seres nacidos de él, de su cultura, su tarea arquetipos, es algo más que una facultad o potencialidad biológica connatural a la persona. En esencia es un movimiento del acto libre del ser... la libertad de procreación, que implica precisamente, todo lo anterior, esto es, una moderna garantía constitucional, vigente en nuestro país, a partir de los inicios del año de 1975". (8)

"En todo texto constitucional que opta por el sistema democrático como el nuestro, resulta por el contrario muy congruente en adelantarse a las presiones encontradas, declarando con claridad que las personas tienen derecho garantizado al más alto nivel para resolver responsablemente la aspiración procreacional, lo que se traduce en una planeación y no en una impuesta" (9).

(8) CASTRO, V. JUVENTINO, "LECCIONES DE GARANTÍAS Y AMPARO" TERCERA EDICIÓN Ed. PORRUA, MEXICO 1981. pág. 57.

(9) IBÍDEM: pag. 58

"Este precepto puede entenderse en un doble sentido: por un lado, consagra el derecho de la persona a no procrear necesariamente como consecuencia de la relación carnal; permite hacer uso de las medidas de anticoncepción que cada quien libremente determina, según sus convicciones. Pero por el otro, sienta un principio permisivo para que cada quien decida tener hijos. De esta norma constitucional no se deduce ningún impedimento para que la persona titular del derecho, acuda a los modernos medios científicos para lograr la paternidad o maternidad". (10)

La Constitución garantiza al hombre y a la mujer la libertad de tener hijos, en el número que ellos decidan, pero les impone la obligación de procrear con sentido de responsabilidad, los hijos requieren educación, cuidados de toda índole, cariño, compañía; los padres están obligados a proporcionarles estas atenciones a fin de formar hombres y mujeres sanos, fuertes, equilibrados y felices.

La tarea no es fácil, de aquí que la ley llame la

(10) GARCIA, MENDIETA, CARMEN, "FERTILIZACION EXTRACORPOREA. ASPECTOS LEGALES" REV. CIENCIA Y DESARROLLO, AÑO 11, No. 65 (NOVIEMBRE-DICIEMBRE, 1985) Págs. 33-34

la atención sobre la responsabilidad que la pareja - tiene (cuando decida) y precisamente ese es el ámbi to de su libertad, dar vida a un nuevo ser humano.-

La paternidad, no debería ser nunca un acto producto del azar, sino resultado de un deseo cuyas consecuenci as estén el hombre y la mujer por igual, dispuestos a enfrentar con entusiasmo concientes de la importancia que alcanza para ellos y para el país su actitud como padres.

La edad en la procreación es un elemento importantísimo a considerar, mismo que cada legislación estatal, le corresponde determinar, a efecto de establecer la capacidad legal del hombre y de la mujer para contraer matrimonio.

La procreación tiene en nuestro derecho, una íntima re lación con el artículo 162 del Código Civil, el cual garantiza tanto el derecho personal de decidir de manera libre y responsable el número de hijos, como es el derecho de los conyuges en caso del matrimonio.

Así como también el artículo tercero fracción segunda

de la Ley General de Población señala como fines de la Secretaría de Gobernación la realización de programas de planificación familiar, a través de los servicios educativos y de la salud pública y vigilando que se lleven con absoluto respeto a los derechos fundamentales del hombre y preservar la dignidad de las familias, con objeto de regular racionalmente y estabilizar el crecimiento de la población, así como lograr el mejor aprovechamiento de los recursos humanos y del país, la misma ley en la sección segunda - del artículo dieciocho al treinta, reglamenta la planificación familiar, es el derecho de toda persona - a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos y obtener información especializada y los servicios idóneos. El artículo veintidos del mismo ordenamiento legal previene que los programas de planeación familiar informan de manera clara y llana sobre los fenómenos demográficos y de la vinculación de la familia con el proceso general de desarrollo e instruirán sobre los -

medios permitidos por las leyes para regular la fecun-
dad, desde luego, los medios permitidos a los que -
se refiere, son aquellos aprobados por las normas de
salud pública y podríamos agregar que tampoco ofenden
a la moral, ni principios religiosos de quienes deban
usarlos.

La Ley General de Salud, publicada en el Diario Ofi-
cial de la Federación el 7 de febrero de 1984 y mis-
ma que entró en vigor el 10. de julio del mismo año,
en su título tercero (prestación de los servicios de
salud) capítulo sexto, (servicios de planificación -
familiar) artículo 67, establece que la planificación
familiar tiene carácter prioritario. Los servicios que
se presten en la materia constituyen un medio para el
ejercicio del derecho de toda persona a decidir de ma-
nera libre, responsable e informada sobre el número -
y espaciamiento de sus hijos, con pleno respeto a su
dignidad. Así mismo este artículo en su segundo párra-
fo establece reafirmando, la libre procreación dentro
de su decisión propia del individuo, implementando la

esterilidad sin la voluntad libre de la paciente haciéndose la indicación de cometer un ilícito, quien lo practique y sancionado a través del artículo 466 de esta misma ley.

Por consiguiente encontramos dos situaciones prevalecientes en nuestra legislación mismas que a simple apariencia caerían en una evidente contradicción como lo son la libre procreación y la planificación familiar. Considerando la problemática poblacional que sufre nuestro país y que supera en grados muy significativos al contexto universal, creando graves consecuencias sociales y políticas, que obstaculizan el libre desenvolvimiento en todos los aspectos de sus habitantes, parece ilógico considerar una garantía constitucional que tutela y fomenta la libertad procracional. Ya que sería sencillo y prudente establecer normas que enfrentasen el incremento demográfico, tales como la esterilización en masa, tributaciones fiscales a un cierto número de hijos y crear así instrumentos legales antilibertarios.

Por lo anterior, se transforma en un término lógico - la libertad procreacional, en razón de que esta garantía constitucional es emanada de un sistema democrático, es por esto que la inserción de normas de planificación familiar vienen a crear un criterio de libre madurez para engendrar, constituyéndose así por libre albedrío de sus habitantes en una "procreación libremente planificada".

C. LA INSEMINACION ARTIFICIAL HUMANA Y SU FUNDAMENTO DE DELITO.

"Delito son ciertas acciones antisociales y prohibidas por la ley, cuya comisión hace acreedor al delincuente a determinadas sanciones conocidas con el nombre específico de penas". (11).

"El código penal vigente para el distrito federal define al delito en su artículo 7 diciendo, "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

En la mayor parte de los sistemas jurídicos modernos tienen solamente el carácter de hechos delictuosos las acciones u omisiones que la ley considera como tales; - -

(11) GARCIA, MAYNEZ, EDUARDO, "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO" - Vigésima SEPTIMA EDICION, Ed. PORRUA MEXICO 1977 pág. 141.

el principio "no hay delito sin ley, ni pena sin ley", hayase consagrado en el artículo 14 de la Constitución Federal: en los juicios del orden criminal queda - - prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate". La noción de delito que sirve de base a nuestra legislación es, por ende, puramente formal".(12)

En el programa jurídico internacional el problema de la tipificación exacta y clara de la inseminación artificial humana como delito es grave, pero lo es más aún con aquellos países, que como México observan un signo de derecho escrito y estricto. En Inglaterra y Estados Unidos tienen un sistema de "casos" y decisiones jurisprudenciales y es aquí donde les queda el recurso a sus autoridades judiciales de resolver en conciencia y conforme a la moral del momento. En cambio en México, en el campo de derecho penal, no se puede resolver sin una ley exactamente aplicable al caso y expedida con anterioridad al hecho y no solo -

(12) GARCIA, MAYNEZ, EDUARDO "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO". vigésima SEPTIMA EDICION, Ed. PORRUA MEXICO 1977 pág. 141

a través de la analogía ni la mayoría de razón.

"El apoyo y fomento de la investigación en los aspectos de la infertilidad humana y biología de la reproducción suponen lógicamente el de las conclusiones y consecuencias a que tal investigación induzca. No obstante en un nivel más complejo los medios de procreación actualmente discutidos se hayan en una etapa pre legal o paralegal, puesto que ninguna ley, los regula específicamente y de un modo directo para permitirlos, prohibirlos o limitarlos". (13).

Es la Ley General de Salud en su título tercero, referente a la prestación de servicios de salud, en su capítulo sexto desarrolla lo relativo a los servicios de planificación familiar, que comprende el artículo 68 fracción cuarta que establece el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana. Este último hace necesario remitirnos al título décimo octavo del mismo ordenamiento legal, que se refiere a las medidas de seguridad,

(13) GARCIA, HENDIETA, CARMEN. Op. cit. pág. 34

sanciones y delitos; desarrollando en su capítulo sexto referente a delitos y comprendiendo en este, el artículo que necesariamente manifestamos como trascendental, en razón de que todo este proyecto se apoya en él y lo constituye el Artículo 466, de la multicitada ley, que textualmente dice: "Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si esta fuera menor o incapaz realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de ocho años.

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su conyuge",

Para la necesaria ubicación de la anterior ley, aludiremos el artículo 6º del código penal vigente para el distrito federal, que dice: "cuando se cometa un delito no previsto en este código pero si en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del libro primero del presente código y caso, las conducentes del libro segundo.

Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposi-

ciones, la especial prevalecerá sobre la general".

"Las leyes penales no se han de entenderse solamente las que se consignan en el código especial de la materia, sino todas aquellas que corresponden a la tendencia de reprimir una conducta por medio de sanciones penales, bien sea que se hallen insertas en conjuntos civiles, administrativos de cualquier genero. Todos estos preceptos, donde quiera que se encuentren, según el propio artículo 6° del código penal". (14)

"El código penal, constituye por ende la ley penal por autonomasia pero así como su ámbito es el delito, el delincuente, la pena y las reglas de aplicación de la misma, diversos delitos especiales pueden ser tipificados en leyes también especiales, en algunos casos el tipo respectivo y la sanción se encuentran en la ley especial o solo el primero cuando la ley especial sigue el sistema del "rímbo" (re-envío): en ambos casos solo la parte general del código penal o sea el libro primero es aplicable." (15)

Por consiguiente el artículo 466 del capítulo sexto relativo a delitos, hace que la Ley General de Salud se constituya en una ley especial.

¿Pero interpretativamente hablando en que consiste el término de

(14) VILLALOBOS, IGNACIO "DERECHO PENAL MEXICANO" CUARTA EDICION EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1982, pág. 739.

(15) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, "CODIGO PENAL ANOTADO" DECIMA EDICION Ed. PORRUA MEXICO 1983 pág. 27.

"especialidad" en la Ley?. "Existe el llamado principio de espe-
cialidad que pretende encontrar el fundamento de la exclusión -
de las normas no aplicables, en el carácter de especial que -
con relación a aquéllas tiene la que habrá efectivamente la de
regular el caso concreto. LEX ESPECTALIS DEROGAT LEGI GENERAL,
es decir, la ley especial excluye a la general, por ser de es-
tricta lógica que la regla especial predomina sobre la general.
Porte Petit señala como ejemplos donde funciona este principio
el delito de parricidio (artículo 323) en relación al homicidio
(artículo 302) y el del infanticidio (artículo 325) respecto al
propio homicidio. Los ejemplos anteriores nos sirven para esta-
blecer la diferencia entre la ley general y la especial, pues -
tal había de ser la cuestión ha determinar previamente por el -
observador para los efectos de la aplicación de la ley. Una
norma tiene carácter especial con relación a otra cuando con-
tienen todos los elementos de ésta y además otros que la otorgan
preferencia en su aplicación. Jiménez de Asúa, reduciendo el -
ámbito de aplicación del principio de las normas en sentido -
restringuido o tipos penales, establece el concepto en los si-
guientes términos: se dice que dos leyes o dos disposiciones -

legales se hayan en relación de general y especial cuando los requisitos del tipo legal estan todos contenidos en el especial, en el que figuran otras condiciones cualificativas a virtud de las cuales la ley especial tiene preferencia sobre la general - en su aplicación, las dos disposiciones pueden ser integrantes de la misma ley o de leyes distintas; pueden haber sido promulgadas al mismo tiempo o en una época diversa y en ese último caso pueden ser posterior tanto a la ley general como a la especial. Pero es preciso que ambas esten vigentes contemporaneamente en el instante de su aplicación porque en el supuesto contrario no sería, de concurso, sino que presentaría un problema enorme a la Ley Penal en el tiempo". En la legislación mexicana no se ha encontrado hasta la fecha admisión expresa del principio de especialidad, pues los códigos en 1871 y de 1929, al igual que el vigente de 1931, remiten a la ley especial cuando se trata de delitos no previstos en ellos. Solo hasta el anteproyecto del Código Penal de 1949, encontramos regulada la especialidad" (16)

Una vez ubicado y establecido el artículo 466 de la Ley General de Salud, como una ley especial, procederemos a desglosar, el

(16) PAVÓN, VASCONCELOS, FRANCISCO. "MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO" CUARTA EDICION. Ed. PORRUA, MEXICO 1978. págs. 145-146.

mismo a efecto de encontrar su real entender y esclarecer brevemente sus deficiencias conceptuales.

Es así como el legislador en el multicitado artículo del mismo ordenamiento legal, plasmó la inseminación artificial humana como una posible acción del delito y más aún, ilícito que fue determinado con punibilidad fuera del Código Penal, específica en función de la cual se puede decir que existe inseminación artificial atenuada: cuando como resultado de la misma no existió embarazo - en este caso la pena será de uno a tres años de prisión, e inseminación artificial calificada; cuando como resultado de la misma existió embarazo, en cuyo caso la pena será de dos a ocho años de prisión. Lo anterior, nos lleva a considerar que el legislador de terminó a la inseminación artificial atenuada en razón de tutelar en forma exclusiva la integridad física de la víctima más determinó como delito calificado a la inseminación artificial, al disertar la violación a la integridad física y la libertad de procreación del sujeto pasivo del delito, aumentado así la punibilidad de la pena. Por otra parte, en el último párrafo del artículo que nos atiende, establece que "la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad

de su conyuge", en pleno razonamiento de éste último, nos induce a preguntarnos a que tipo de "consentimiento" se refiere éste, - a un consentimiento tácito, expreso o escrito, más aún, quién tiene la obligación directa o indirecta de tener conocimiento de esa determinación (obviamente fuera de la conyuge), situación - que no se especifica.

"Las legislaciones extranjeras distinguen entre el supuesto de - que el marido ha dado su consentimiento para la inseminación y - el caso contrario. Algunas legislaciones exigen la anuencia por escrito e incluso, que esta quede archivada en el expediente clínico así, en Estados Unidos, dieciseis estados exigen el consentimiento escrito y nueve de ellos requieren que el mismo quede - archivado con carácter confidencial.(17).

Es de mencionarse el artículo 100 del mismo ordenamiento legal - que nos atiende, en que se establecen las bases para llevar a cabo la investigación en seres humanos, en su fracción cuarta dice:

"Se deba contar con el consentimiento por escrito del sujeto en que se realizará la investigación; o de su representante legal en caso de incapacidad legal de aquel, una vez enterado de los objetivos de la experimentación y de las posibles consecuencias

(17) GARCIA, HENDIETA, CARMEN Op. Cit. pág. 35-36

positivas o negativas para su salud". Razón por la cual consideramos que el legislador debió atender a un consentimiento por escrito en el artículo 466 del mismo ordenamiento.

Continuando con el último párrafo del artículo antes mencionado, se indica a la mujer casada, pero en el caso de mujeres solteras y considerando en estas viudas y divorciadas, bajo que condiciones de legalidad, regirán su conducta inseminatoria, a efecto de proteger la existencia misma del menor. Por otra parte, esta norma no alude por quién debe realizarse la inseminación artificial humana y en que instituciones médicas con sus consecuentes obligaciones y aplicación a su actividad y bajo que lineamientos jurídicos y administrativos se efectuará la inseminación artificial heterónoma; las características y condiciones del donador: la existencia, almacenamiento y distribución de los bancos de semen y aún más, reglamentar la fecundación in-vitro o extracorporea, como - práctica procreativa, resultante de la propia fecundación humana. Es así, como se viene a constituir este multicitado artículo, en una de las llamadas normas imperfectas, que conforma a las múltiples "lagunas jurídicas" existentes en nuestra legislación, mismas que son ampliamente utilizadas retro alimentando las consecuencias

delictivas.

A efecto de lo anterior, este proyecto trata de ubicar, esclarecer y determinar los anteriores defectos normativos para complementar la actual norma que rige este método reproductivo.

CAPITULO III

LA EXISTENCIA Y ADECUACION PENAL DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL HUMANA

A. - ANALISIS Y CLASIFICACION DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL HUMANA COMO DELITO (ARTICULO 466 DE LA LEY GENERAL DE SALUD.

Para iniciar con la clasificación objetivo y específica del artículo 466 de la Ley General de Salud, que constituye el tipo de inseminación artificial humana como delito, de nueva cuenta se manifiesta el indicado diciendo "al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si esta fuera menor o incapáz realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su conyuge'.

Para efecto de mayor comprensión en cuanto al análisis de clasificación del antes indicado artículo, lo dividiremos en tres secciones que comprenden:

- a) Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si esta fuera menor o incapáz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, sino se produce el embarazo como resultado de la inseminación.
- b) Si resulta embarazo; se impondrá prisión de dos a ocho años.
- c) La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su conyuge.

Hecho lo anterior; en lo sucesivo de este discernimiento analítico se aludirá en forma exclusiva el inicio que corresponde a la división realizada.

A.1 EN ORDEN A LA CONDUCTA.

Atendiendo al orden de la conducta, el delito de inseminación artificial humana; es un delito de acción.

¿Pero que es un delito de acción?

"Los delitos de acción se cometen mediante una actividad positiva; en ellos se viola una ley prohibitiva". (1)

"La acción consiste en la conducta positiva expresada mediante un

(1) CASTELLAVOS, FERRIANDO "LINEAMIENTOS DE DERECHO PENAL" CUARTA EDICION Ed. PORRUA MEXICO 1967 pag. 127-128

hacer, una actividad, un movimiento corporal voluntario, con una violación de una norma prohibitiva. (2)

Es así como mediante una actividad positiva, es decir, un comportamiento corporal voluntario, un hacer o un - tratar de hacer fecundar el óvulo (incisos a) y b), derramando líquido espermático en forma artificial en los órganos genitales de la mujer, mediante una jeringa o un cateter, este se determina como un absoluto e indiscutible delito de acción.

A.2.- EN EL ORDEN AL RESULTADO.

Atendiendo al orden, al resultado el delito de inseminación artificial humana puede ser un delito formal o de mera actuación.

¿Pero que es un delito formal o de mera actuación?

"Los delitos formales son aquellos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la omisión de la gente, no siendo necesario para su integración la producción de un resultado externo, son delitos de mero peligro abstracto; se sanciona la acción (u omisión) en sí misma (3).

Es así como también el maestro Ignacio Villalobos denomi

(2) PAVON, VASCONCELOS, FRANCISCO. "MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO" SEGUNDA EDICION Ed. PORRUA MEXICO 1967 pág. 161.

(3) CASTELLANOS, FERNANDO Op. Cit. pág. 129

na a los anteriores como delitos de mera actuación, -
diciendo, "en estos se consume por la sola relación de
un acto, positivo o negativo independientemente de todo
efecto exterior, lo cual admite dos distintas amplitu-
des para el concepto; o es que la ley no señala tal re-
sultado como parte del tipo, describiendo las califica-
ciones de antijuricidad y culpabilidad a la conducta -
misma y evitando que los jueces distraigan su atención
en buscar los efectos del acto o admitan defensas enca-
minadas a demostrar por ejemplo, que a nadie causó daño.
El delito debe tenerse por consumado por la sola eje-
cución de la conducta escrita, tenga o no resultados (4).
Por lo anterior, aludimos que en el inciso a) de la norma
jurídica de delito de la inseminación artificial humana,
se determina como ilícito formal. (Fernando Castellanos)
o delito de mera actuación (Ignacio Villalobos), en apre-
ciación de que no existe resultado palpable o material
del acto ejecutado, como lo sería directamente el emba-
razo, más solo se tiene una consecuencia emocional e in-
material de vejación, burla ó agresión injusta.

(4) VILLALOBOS, IGNACIO "DERECHO PENAL MEXICANO" TER-
CERA EDICION Ed. PORRUA MEXICO 1975 pág. 242-243

Así mismo el delito de inseminación artificial humana en atención al orden al resultado puede ser un delito material o de resultado.

¿Pero que es un delito material ó de resultado?

Los delitos materiales son aquellos en los cuales para su integración se requiere la producción de un resultado objetivo o material" (5)

También estos delitos los denomina el maestro Ignacio Villalobos, como delitos de resultado diciendo, "Son - aquellos cuyo tipo se integra precisamente por el resultado del acto que ejecuta el agente, o dicho en forma negativa aquel que no se consuma sin la realización de un resultado requerido por la Ley como base objetiva - de antijuricidad" (6)

Es así como en la normativa del delito de inseminación artificial humana, podría configurarse como un delito material (Fernando Castellanos) o de resultado (Ignacio Villalobos), considerándose un acto ejecutado, con un resultado objetivo o material como se constituiría el propio embarazo del sujeto pasivo del delito.

(5) CASTELLANOS, FERNANDO Op. cit. pág. 129

(6) VILLALOBOS, IGNACIO Op. Cit. pág. 242

A.3 EN EL ORDEN AL DAÑO.

Atendiendo al orden al daño; el delito de inseminación artificial humana, es un delito de lesión.

¿Pero que es un delito de lesión?

"Estos delitos son los que consumados causan un daño - directo y efectivo en intereses o bienes jurídicamente protegidos por la norma viciada" (7)

El maestro Ignacio Villalobos también confirma lo anterior diciendo "se llama delito de lesión al que causa un daño efectivo" (8)

Es por tal, que la normativa de delito de inseminación artificial humana sea un delito de lesión ya que al practicarse la inseminación artificial contra la voluntad de la mujer o con ella, siendo incapaz ó menor - si esta acción positiva tiene como resultado el embarazo, se causa un daño directo y efectivo, al bien jurídicamente tutelado como lo es la libre procreación.

(7) CASTELLANOS, FERNANDO Op. Cit. pág. 129

(8) VILLALOBOS, IGNACIO Op. Cit. pág. 241

al bien jurídicamente tutelado como lo es la libre pro-
creación.

A.4 EN EL ORDEN A SU DURACION.

Atendiendo al orden a su duración, el delito de inseminación artificial humana, es un delito instantáneo.

¿Pero que es un delito instantáneo?

"En ellos la acción que los consume se perfecciona en un solo momento. "El carácter de instantáneo dice Soler, no se lo dan a un delito los efectos que él causa, sino la naturaleza de la acción, a la que la ley acuerda el carácter de consumatorio". El delito instantáneo puede realizarse mediante una acción compuesta de varios actos o movimientos; el momento consumatorio típico se produce en un solo instante". (9)

Es así como "debemos considerar como delito instantáneo aquel en que tan pronto se produce la consumación se agota. Para la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 'son delitos instantáneos aquéllos cuya duración concluye en el momento mismo de perpetrarse, porque consisten en actos en cuanto son ejecutados cesan por -

(9) CASTELLANOS, FERNANDO *Op. cit.* pág. 129-130.

sí mismos, sin poder prolongarse, como el homicidio, "las lesiones". (10)

Confirmado por lo anterior, el inciso a) de la normativa de delito de la inseminación artificial humana, se constituye como un delito instantáneo, ya que su consumación se produce al ejecutarse la acción positiva de vertir líquido espermático dentro del órgano genital femenino, acto consumatorio, que configura la espera aún atendiendo al orden a su duración el delito de inseminación artificial humana también podría configurarse como un delito instantáneo con efectos permanentes.

¿Pero que es un delito instantáneo con efectos permanentes?

"Es aquel en que la conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado en forma instantánea en un solo momento pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo" (11)

"Este delito es aquel en que tan pronto se produce la consumación se agota perdurando los efectos producidos."

(10) PORTE PETIT, CANDAUDAP, CELESTINO "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL CUARTA EDICIÓN ED. PORRUA MEXICO 1978 págs. 380-381

(11) CASTELLANOS, FERVANDO Op. Cit. pág. 130

Cavallo define el delito como aquel en el cual el bien jurídico destructible revela la consumación instantánea del delito, pero permaneciendo las consecuencias nocivas de éste" (12)

Por lo anterior, la normativa del delito de inseminación artificial humana, se podría constituirse en un delito instantáneo con efectos permanentes, es decir, el agente activo al efectuar su conducta positiva al inseminar el órgano genital femenino consume la instantaneidad del delito, más al producirse el embarazo, este se configura como un resultado nocivo del acto con carácter permanente, violándose así el bien jurídico tutelado de libre procreación.

Más aún, el delito de inseminación artificial humana, puede constituirse en el orden a su duración, en un delito continuado.

¿Pero que es un delito continuado?

"En este delito se darán varias acciones y una sola lesión jurídica, es continuado en la conciencia y descontinuo en la ejecución. Con razón para Carrara, la

(12)PORTE PETIT, CANDAUDAP, CELESTINO, Op. Cit. pág. 383

continuidad en este delito debe buscarse en la discon
tinuidad de la acción. Según Alimena en el delito conti
nuado las varias y diversas consumaciones no son más -
que varias y diversas partes de una consumación sola".(13)

Es por ende que la normativa del delito de inseminación artificial humana puede constituirse como un delito con
tinuado al realizarse a través de vertir en varias ac-
ciones líquido espermático, dentro de los organos de -
fecundación femeninos a efecto que el sujeto activo del
ilícito satisfaga su intencionalidad de fecundar el - -
óvulo. Ya que la conciencia de dicha conducta, puede o
no tener el deseado resultado, por lo que la acción posi
tiva del delito puede ser repetitiva para consumir con-
certeza el ánimo de fecundación, lesionando el bien ju-
rídico tutelado de libre procreación del sujeto pasivo
o víctima del delito.

A.5 EN EL ORDEN A SU CULPABILIDAD.

Atendiendo al orden de culpabilidad el delito de inse-
minación artificial humana es un delito indiscutiblemente
doloso.

(13) CASTELLANOS, FERNANDO Op.Cit. pág. 130.

¿Pero que es un delito doloso?

"Es cuando se dirige la voluntad conciente a la realización del hecho típico y antijurídico" (14)

Esto es cuando el sujeto activo enfoca su conducta en plena y absoluta razón a la conflagración de un acto delictivo voluntario, existiendo la intencionalidad de su realización.

Por lo cual el delito de inseminación humana es el resultado de una acción positiva razonada y meditada por parte del sujeto activo enfocado en la realización del ilícito insemintario, configurándose así en un delito plenamente doloso ó intencional.

A.6 EN EL ORDEN AL NUMERO DE ACTOS DE LA ACCION TIPICA.

Atendiendo al orden al número de actos, el delito de inseminación artificial humana es un delito unisubsistente.

¿Pero que es un delito unisubsistente?

Son aquellos en los que su acción se agota en un solo acto" (15).

Es por lo anterior, que la normativa del delito de -

(14) IBIDEM pág. 132

(15) IBIDEM pág. 133

Inseminación artificial humana lo constituye como delito unisubsistente, en razón de que la acción positiva, se deriva de un solo acto consumatorio. es decir la acción única de vertir líquido inseminatorio artificialmente en los órganos genitales femeninos, crea por su solo hecho de existencia su indudable consumación delictiva.

A.7 EN EL ORDEN AL ~~NUMERO~~ DE SUJETOS.

En el orden al número de los sujetos el delito de inseminación artificial humana es un delito unisubjetivo.

¿Pero en que consiste el delito unisubjetivo?

Este tipo de delito consiste en la única actuación de un solo sujeto y solo él concurre en su conducta a conformar la descripción de la ley, más es posible su realización por dos ó más sujetos" (16).

Por consiguiente el delito de inseminación artificial humana, es un delito unisubjetivo ya que la conducta es ejercida por un solo sujeto, que efectúa en forma por demás individual la inseminación artificial, aunque concurren otros sujetos en coparticipación al delito.

(16). IBIDEM pág. 134

Esto es la acción positiva inseminatoria es ejercida por un solo sujeto violador del bien tutelado.

A.8 EN EL ORDEN A SU PERSECUCION.

En el orden a su persecución el delito de inseminación artificial humana, se constituye como un delito cuya consecución es de oficio, más en un parecer personal consideramos que debería constituirse en el Código Penal como un inobjetable delito de querrela de parte ofendida.

¿Pero que es un delito de querrela?

Es el delito cuyo inicio persecutorio requiere de la denuncia formal del sujeto pasivo del delito ante la autoridad judicial y solo mediando por así considerar el perdón, se extinguiría la acción persecutoria del acto delictivo. Por lo anterior, la normativa del delito de inseminación artificial humana, se configuraría en un parecer personal la querrela de la parte ofendida o sujeto pasivo del delito, para dar inicio con la persecución del ilícito, ésta, ejercida por parte de la autoridad judicial, más la acción cesaría al otorgarse el perdón por parte de la víctima, o por el de sus legítimos representantes, en el caso de ser menor.

B.- EL ARTICULO 466 DE LA LEY GENERAL DE SALUD ANTE
LOS DELITOS SEXUALES DEL CODIGO PENAL.

"Para poder denominar con propiedad al delito sexual, se requiere, que en el mismo se reúnan dos condiciones o criterios regulares como son;

- a) La acción típica del delito, sea realizada positivamente por el delincuente en el cuerpo del ofendido ó que a este se le hace ejecutar, sea directa o inmediatamente de naturaleza sexual.
- b) Que los bienes jurídicos dañados o afectados por esa acción sean los relativos a la vida sexual del ofendido". (17)

"Refiriéndose al objeto de la tutela penal en los delitos de libidiné, Manzini expresa: que consiste en el interés social para asegurar el bien jurídico de las buenas costumbres, en cuanto se refiere a la inviolabilidad carnal de la persona contra las manifestaciones violentas o de cualquier otra manera abusivas ó corruptoras de la libidiné de otra" (18)

Por tanto son delitos sexuales, aquellas infracciones en que la acción típica consiste en actos positivos

(17) GONZALEZ, DE LA VEGA, FRANCISCO "DERECHO PENAL MEXICANO. LOS DELITOS" SEPTIMA EDICIÓN, EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1964. pág. 302

(18) IDEN.

de lubricidad ejecutados en el cuerpo del sujeto pasivo, ó que a este se le hacen ejecutar y que ponen en peligro ó dañan su libertad o seguridad sexual siendo estos los bienes jurídicos objeto específico de la tutela penal.

Los actos que nuestro código penal vigente instituye como "delitos sexuales" los encontramos en las legislaciones de diversos países bajo los siguientes rubros; el código francés los denomina "Atentados contra las costumbres"; el italiano, "delitos contra la moral pública y las buenas costumbres", el belga, "contra el orden de las familias y la moral pública"; el español, "delitos contra la honestidad" (19).

Como podemos observar las legislaciones de las que nos hemos referido al hacer la clasificación dentro de sus respectivos títulos de los delitos sexuales, difieren en cuanto al bien jurídico objeto de la tutela, problema éste que reviste suma importancia toda vez que según el criterio que se adopte sobre el particular no estarán

(19) IBIDEM pág. 303

en condiciones de poder precisar las características de la acción punible y determinar así, si su encuadramiento en determinado título, resulta o no correcto.

"Los delitos que el código penal vigente para el distrito federal incluye en el título décimo quinto y que comprenden los capítulos I al IV, clasificándolos genericamente como sexuales, podemos enumerarlos como sigue:

- I.- Atentados al pudor. (Art. 260)
- II.- Estupro (art. 262).
- III.- Violación (art. 265)
- IV.- Rapto (art. 267).
- V.- Incesto (art. 272) y
- VI.- Adulterio (art. 273).

Una vez hecha la anterior descripción es a bien considerar que la inseminación artificial humana, en múltiples circunstancias ha sido identificada con los delitos sexuales, es por esto, que procederemos conforme al método empleado por el maestro Celestino Porte Petit -

Candaudap, en su obra "Ensayo dogmático sobre el delito de violación" en donde establece desde el punto de vista dogmático las semejanzas y diferencias de este delito con algunos de los delitos sexuales. Pero haciendo perfectamente notar que no se considera a la inseminación artificial humana, como delito sexual, en razón y apego total a lo manifestado por el Lic. Ismael Salazar Salazar, que manifiesta que "la conducta humano isogámica partenogénica, es un acto o hecho completamente distinto a todos los delitos sexuales, en virtud de que el sexo únicamente interviene con sus elementos isogámicos (aportándolos). (20)

Es así que para destacar las semejanzas y diferencias, consideramos propicio en atención a la función habilidad y entendimiento, que en el sucesivo análisis, usamos la abreviatura (D.T.A.H) para referirnos al delito objeto de esta tesis.

B.1 ATENTADOS AL PUDOR

El Art. 260 del Código Penal vigente para el Distrito Federal dice:

(20) SALAZAR, SALAZAR, ISMAEL. "ANÁLISIS PENAL DE LA - HUMANOSOGAMIA PARTENOGENICA" (INSEMINACION ARTIFICIAL). TESTS UVM. MEXICO 1985 pág. 130

"al que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con su consentimiento de esta última, ejecute en ella un acto erótico sexual, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, se le aplicará - de tres días a seis meses de prisión y multa de cinco a cincuenta pesos.

Si se hiciese uso de la violencia física o moral, la pena será de seis meses a cuatro años de prisión y multa de cincuenta a mil pesos".

Por la anterior definición se distingue que el sujeto activo del delito puede corresponder a cualquier persona al igual que al sujeto pasivo, esto es, un hombre o una mujer.

Así mismo, se determina la presencia de dos modalidades distintas, ya sea que recaiga en personas púberes o impúberes, dando lugar a especificar que los bienes tutelados son distintas, como lo son, la libertad sexual en los primeros y la seguridad sexual de los segundos.

Propiamente, la acción positiva en este delito, lo

constituye un acto erótico sexual recaído en la victima o sujeto pasivo del delito, es decir, las acciones de lubricidad a que se resiste corporalmente el sujeto pasivo, tales como caricias, tocamientos o manejos realizados para excitar o satisfacer de momento. al menos, la libidiné, aunque por medios fisiológicos incompletos por ser distintos al ayuntamiento sexual. Por otra parte, es determinante la ausencia de un propósito directo e inmediato al llegar a la cópula, es decir, el atentado es un acto sexual incompleto. El maestro González de la Vega, dice que la "Acción lúbrica en el atentado al pudor a de ser incompleto, material o fisiológicamente" (21), quiere expresar - que debe limitarse a los simples tocamientos o acciones corporales lascivos que no lleguen hasta la consumación de la cópula.

"El delito de atentado contra el pudor solo se castigará cuando se haya consumado (art. 261 del c.p. para el D.F.). El momento consumatorio de esta infracción es instantáneo y se cumple cuando se efectúa cualquier

(21) GONZALEZ, DE LA VEGA, FRANCISCO, Op. Cit. pág. 340

acción es instantáneo y se cumple cuando se efectúa cualquier acción libidinosa en el ofendido". (22)

SEMEJANZAS

- a) En los atentados al pudor el sujeto activo puede ser cualquier persona (masculino o femenino).
- a) En el D.I.A.H. el sujeto activo puede ser cualquier persona, (masculino o femenino).
- b) El atentado al pudor es un delito instantáneo.
- b) El D.I.A.H. es un delito instantáneo.
- c) En el atentado al pudor la ausencia de consentimiento de persona púber y con o sin consentimiento de persona impúber.
- c) En el D.I.A.H. es sin consentimiento de una mujer mayor de edad y capaz o con consentimiento de mujer menor de edad o incapaz.
- d) El delito de atentados al pudor puede realizarse por medio de la fuerza física-fuerza material aplicada al cuerpo del sujeto pasivo para anular su resistencia o de violencia moral; intimidaciones, -

(22) GONZALEZ, DE LA VEGA, FRANCISCO, Op. pág. 349

amenazas.

- d) En el D.I.A.H. También pueden concurrir la violencia física o moral.

DIFERENCIAS

- a) En los atentados al pudor el sujeto pasivo puede ser hombre o mujer.
- a) En el D.I.A.H. el sujeto pasivo solamente lo es la mujer.
- b) En el atentado al pudor el objeto jurídico tutelado en la libertad sexual en personas púberes y la seguridad sexual en personas impúberes.
- b) En el D.I.A.H. el objeto jurídico tutelado es la libertad de procreación.
- c) En los atentados al pudor no se busca fecundar el óvulo.
- c) En el D.I.A.H. es su fin primordial.

e) En los atentados al pudor se han considerado como delito sexual.

e) En el D.I.A.H. no existe el delito sexual.

B 2 ESTUPRO .

"Es el conocimiento carnal de la mujer libre (no ligada por matrimonio) y honesta precidida de seducción verdadera o presencia y no acompañada de violencia [23]. La anterior definición es de Carrara, más es criticada por el maestro González de la Vega, diciendo, que no corresponde plenamente al delito y que es inexacta por ser demasiado extensa, ya que no limita en ninguna forma la edad de la ofendida, como generalmente se hace en casi todas las legislaciones que prevén el delito; y es así como para el maestro González de la Vega, - define al delito de estupro diciendo, "Es la conjunción sexual natural, obtenida sin violencia y por medios fraudulentos o de maliciosa seducción con mujeres muy jóvenes no ligadas por matrimonio y de conducta honesta [24].

[23] GONZALEZ, DE LA VEGA, FRANCISCO, Op. pág.353

[24] IDEM.

El estupro segun el Código Penal vigente para el Distrito Federal en su artículo 262, lo define diciendo, "Al que tenga cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de engaño, se le aplicará de un mes a tres años de prisión".

El rígido elemento que constituye la mujer menor de dieciocho años, indica que la tutela penal se limita a mujeres muy jóvenes, por que, en términos generales, son susceptibles de fácil engaño o seducción y por juzgarse con peligro corruptor su prematura práctica sexual ilícita. -

El límite de dieciocho años es empírico y a falta de actas de nacimiento se comprueba parcialmente por la observación morfológica de la ofendida especialmente, por la ausencia de las cuartas molares en cada lado de las dos mandíbulas. (25)

En cuando a la castidad y honestidad es de advertirse que la ley mexicana no tutela la virginidad, como el Código Español, sino las cualidades de castidad y honestidad. - Así la virgen no casta por ejemplo, practicante anterior de maniobras contra natura, no puede sufrir estupro; en

(25) GONZALEZ, DE LA VEGA, FRANCISCO ' EL CODIGO PENAL COMENTADO'. Segunda Edición, Editorial Porrúa, - México, 1939. Pág. 240

cambio, la desflorada con vida posterior casta, pue
de ser sujeto pasivo de delito. La cantidad es la -
abstención física de toda actividad sexual ilícita, pe-
ro se requiere distinguir las tres clases de castidad; -
la virginal, viudal y conyugal; la primera es la inte-
gridad, pura de todo contacto; la segunda y la de las
divorciadas), consiste en la abstinencia de placeres
sexuales después de terminado el matrimonio; a estas -
clases pertenecen las que, habiendo tenido un deslíz -
pasan el resto de su vida castamente; la tercera consis-
te en la abstención sexual fuera del matrimonio, salvo -
que las casadas no pueden ser víctimas de estupro, por
que la aceptación de la cópula supone su participación
ilícita en adulterio. La honestidad, dado el tono -
del precepto, es la de carácter sexual; consiste en la
buena reputación de la mujer por su correcta conducta -
erótica. (26)

Asimismo, el consentimiento de la mujer obtenido por --
engaño, constituye la aceptación voluntaria de la cópu-
la distinguiéndose el Estupro de la Violación, simbo-

(26) IBIDEM. pags. 240-241

licamente se dice que el estupro es el fraude sexual y la violación el robo sexual. Pero el consentimiento debe ser obtenido por engaño; mentiras, falacias o falsas promesas creadoras de un estado de error en la víctima, por lo que esta accede a la pretención erótica. (27).

Por consiguiente en la propia definición dada por nuestro Código Penal vigente (art.262) antes expresada hace alusión a una acción positiva de "cópula normal", entendiéndose lo anterior como la conducta de varón a mujer, por vía de coito normal (introducción del pene en la vagina) haya o no eyaculación. Así mismo debe distinguirse que se excluyen en este delito las fornicaciones contra natura, es decir en vasos no idones para el coito, por que su aceptación revela en la mujer una evidente ausencia de honestidad sexual, elemento realmente valorativo exigido por el Legislador para concederle protección.

En este delito el único posible sujeto pasivo es la mujer, pero no cualquier mujer sino exclusivamente menor

(27) IBIDEM págs. 240 - 242

de dieciocho años y además sea casta y honesta.

Es así como la persecución de este delito es por querrela necesaria (art. 263 del Código Penal). "No se procederá contra el estuprador sino por querrela de la mujer ofendida o de sus padres, o a falta de éstos, sus representantes legítimos; pero cuando el delincuente se case con la mujer ofendida cesará toda acción para perseguirlo".

Por lo anterior, se distingue el perdón del sujeto activo, por parte de la mujer ofendida y el matrimonio entre sujeto activo y pasivo, para que cese su persecución.

El delito de estupro es un delito instantáneo, ya que su consumación se realiza en el momento mismo de la introducción sexual con independencia de su agotamiento fisiológico ó que el acto sea interrumpido intencional o voluntario antes del derrame seminal.

S E M E J A N Z A S

- a) El Estupro y el D.I.A.H. son delitos de acción.
- b) El Estupro y el D.I.A.H. son delitos de lesión.
- c) El Estupro y el D.I.A.H. son delitos instantáneos.

- d) El sujeto pasivo en el delito de estupro y en el D.I.A.H. es en forma exclusiva, la mujer.
- e) En el delito de estupro la edad del sujeto pasivo es específico.
- f) En el D.I.A.H. el sujeto pasivo lo puede ser también una menor de edad o incapaz.

D I F E R E N C I A S

- a) La conducta en el delito estupro consiste en la cópula.
- a) En el D.I.A.H. no existe la cópula.
- b) En el delito de estupro se requiere de la existencia de castidad y honestidad, en el sujeto pasivo del delito.
- b) En el D.I.A.H. no se requiere de castidad y honestidad en el sujeto pasivo del delito.
- c) En el delito de estupro el sujeto activo es el hombre.

- c) En el D.I.A.H. el sujeto activo puede ser cualquiera (hombre o mujer).
- d) El delito de Estupro no se puede realizar de mujer a mujer.
- e) El bien jurídico penalmente tutelado en el estupro es la correcta conducta sexual de las mujeres jóvenes que viven honradamente.
- e) En el D.I.A.H. el objeto jurídico penalmente tutelado es la libertad de procreación.

B.3 VIOLACION

Por violación debemos entender, la cópula realizada en persona de cualquier sexo, por medio de la Vis absoluta o la Vis compulsiva. (28)

El artículo 265 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, define a la violación diciendo. "Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo. Se le aplicará prisión de seis a ocho años. Si la persona ofendida fuere impuber, la pena de prisión será de seis a diez años".

(28) PORTE PETIT, CANDAUDAP, CELESTINO. "ENSAYO DOGMÁTICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACION". Cuarta edición, editorial Porrúa, México 1985. Pag. 12.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que en el delito de violación el elemento còpula debe tomarse en su más amplia acepción, o sea, cualquier forma de ayuntamiento o conjunción carnal, normal o anormal, con eyaculación o sin ella y en la que haya habido la introducción sexual por parte del reo, aun cuando no haya llegado a realizarse completamente" (29) Es así, como a diferencia del Estupro, en la violación el acto puede ser normal (introducción del pene en la vagina) o anormal (introducción del pene en vasos no idóneos para el coito). Por esto caben tres hipótesis;

- a) còpula de hombre a mujer, por vía normal;
- b) còpula de hombre a mujer por vía contra natura; y
- c) còpula homosexual de hombre a hombre, se excluyen los actos lésbicos, de mujer a mujer por no existir fenómeno copulativo de introducción; pero pueden con figurar atentados al pudor. (30)

La Ley Mexicana, con mejor sentido que los Legislaciones extranjeras extiende su protección a los hombres-víctimas de fornicación violenta; por eso cabe la --

(29) IBIDEM, pag. 15

(30) GONZÁLEZ, DE LA VEGA, FRANCISCO "EL CODIGO PENAL COMENTADO" op. cit., pag. 242

hipótesis de ayuntamiento homosexual masculino. La ausencia de consentimiento es el elemento diferencial del delito. Si el paciente acepta voluntariamente la violencia, como acontece en las cópulas sadistas o masoquistas consentidas, desaparece el tipo de violación. Es decir fuerza natural en el cuerpo del ofendido que anula su resistencia como golpes, heridas, ataduras, sujeción por terceros u otras acciones de tal impetu que obliguena la víctima, contra su voluntad a dejar copularse; y la violencia moral, es decir empleo de amagos o amenazas de males graves que, por la intimidación que producen, impiden resistir el ayuntamiento. (31)

Por lo anterior, el delito de violación es un delito de acción, instantaneo, de lesión y no de peligro, por que al realizarse la cópula violenta, se lesiona el bien jurídico tutelado por la ley.

El bien jurídico tutelado es la libertad sexual. El bien jurídico que protege la ley es, como se estima por corriente doctrinal la "libertad sexual" la que según Satelli Romano Di Falco, consiste en la libre

(31) IBIDEM, pags. 242-243.

disposición del propio cuerpo en las relaciones sexuales dentro de los límites señalados por el Derecho y la costumbre sexual). (32)

Es así como el sujeto activo puede ser, hombre o mujer, al igual que al sujeto pasivo o víctima del delito.

En cuanto que el Código Penal señala la pena de seis a ocho años de prisión al que cometa el delito de violación. Propia punibilidad atenuada así como, la persona ofendida fuera imputer, la pena de prisión será de seis a diez años, originando en este último una punibilidad calificada.

- a) Ambos delitos pueden realizarse por medio de la fuerza física o moral.
- b) Ambos son delitos instantáneos y de lesión.
- c) En ambos delitos no existe el consentimiento de la víctima o sujeto pasivo del delito; salvo en el D.I.A.H. puede existir el consentimiento pero de persona menor o incapaz.

(32) PORTE PETIT, CAVDAUDAP, CELESTINO "ENSAYO DOGMÁTICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACION". Op.cit.pág.31

- d) En ambos delitos existe el pleno dolo en su comisión.
- e) Ambos delitos son de acción.
- f) En ambos delitos, la normativa penal determina una punitiva atenuada y calificada.
- g) El delito de violación puede ser unisubjetivo.
- g) El D.I.A.H. es un delito unisubjetivo.

D I F E R E N C I A S

- a) La conducta en la violación, consiste en la cópula, que puede ser normal o anormal.
- a) En el D.I.A.H. no existe la cópula.
- b) En la violación el sujeto pasivo puede ser hombre o mujer.
- b) En el D.I.A.H. el sujeto pasivo necesariamente es una mujer.
- c) En el delito de violación el bien jurídico tutelado es la libertad sexual.
- c) En el D.I.A.H. el bien jurídico tutelado es la libertad de procreación.

- d) La consumación del delito de violación se realiza con el ayuntamiento carnal.
- d) La consumación del D.I.A.H. se realiza por el derrame artificial del material espermático, en el vaso fisiológicamente adecuado de la mujer.
- e) No existe violación de mujer a mujer.
- e) Si puede haber inseminación de mujer a mujer.
- f) El delito más grave contra la libertad sexual es la violación.
- f) El delito más grave contra la libertad de procreación es la inseminación artificial forzada.

E L R A P T O

El artículo 267 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, lo define diciendo, "Al que se apodere

de una persona, por medio de la violencia física o moral, o del engaño, para satisfacer algún deseo erótico sexual o para casarse, se le aplicará la pena de uno a ocho años de prisión"

Sus elementos lo constituyen propiamente, el apoderamiento de una persona (sujeto pasivo del delito). Este apoderamiento supone una acción descompuesta en dos movimientos sucesivos y complementarios a saber:

- a) el apoderamiento propiamente dicho o toma de una persona; y
- b) la substracción o desplazamiento de la misma, o sea la actividad de llevarse la segregandola del medio de su vida ordinaria para ingresarla en medio controlado por el raptor. [33]

Existiendo para su ejecución una acción positiva por parte del sujeto activo, ya sea de violencia física, violencia moral o engaño y un motivo como lo sería, la búsqueda de satisfacer un deseo erótico-sexual, esto es una conducta lujuriosa ejecutada físicamente en el cuerpo del sujeto pasivo, incluyéndose en esta acción

[33] GONZALEZ, DE LA VEGA, FRANCISCO. "EL CODIGO PENAL COMENTADO" op. cit., pag. 244

La realización de la cópula. Para la existencia de este delito no importa la consecución del deseo; es el propósito-conducta-orientada a un fin lo que marca el tipo; se comprueba por los indicios derivados de la conducta precedente o activante del agente; así mismo otro motivo lo sería el casarse. Pero si el raptor logrando su propósito contrae matrimonio con la raptada, se extingue la acción penal. (Art. 270 C.P).

S E M E J A N Z A S

- a) Ambos delitos pueden realizarse por medio de la fuerza física o moral.
- b) En ambos delitos, existe el apoderamiento del sujeto pasivo del delito.
- c) Ambos delitos son de acción.
- d) Ambos delitos son de lesión.
- e) En ambos delitos el sujeto activo, puede ser hombre o mujer.
- f) Ambos delitos son dolorosos.

D I F E R E N C I A S

- a) En el delito de raptó, existe la intencionalidad - por parte del sujeto activo del delito de satisfacer un deseo erotico-sexual o para contraer matrimonio.
- a) En el D.I.A.H. existe la sola intencionalidad del sujeto activo del delito, de fecundar el ovulo - del sujeto pasivo, en forma artificial.
- b) En el delito de raptó el sujeto pasivo puede ser - hombre o mujer.
- b) En el D.I.A.H. el sujeto pasivo, solo será la mujer.
- c) En el delito de raptó, el objeto jurídico tutelado, lo constituye la libertad de traslación de las personas.
- c) En el D.I.A.H. al bien jurídicamente tutelado lo - constituye, la libertad de procreación.

B.5 I N C E S T O

Este delito lo define el Artículo No. 272 del Código

Penal vigente para el Distrito Federal diciendo. "Se impondrá la pena de uno a seis años de prisión, a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes.

La pena aplicable a estos últimos será de seis meses a tres años de prisión.

Se aplicará esta misma sanción en caso de incesto entre hermanos.

Las causas de incesto, son psíquicas (complejos de Edipo o Electra) o sociales, misérrimas condiciones de promiscuidad en una sola habitación o lecho, en que conviven íntimamente padres, hijos y hermanos, al objeto de la tutela penal es proteger la organización y el orden exogámicos de la familia y quizás la prevención de descendencia degenerativa- ceguera, enfermedades mentales, albinismo, sordomudez, taras psicopatológicas). El incesto es un delito sexual con pluralidad de sujetos activos, y sus elementos lo constituyen,

a) Relaciones sexuales, al incesto (impureza) es la comunión sexual entre aquellos parientes tan próximos

que la legislación les prohíbe toda posibilidad de matrimonio. Así pues por relación sexual se entiende el ayuntamiento o conjunción normal (coito).

b) "Entre parientes muy cercanos es decir, ascendientes y descendientes, la Ley no distingue las distintas formas de liga ascendente; por tanto literalmente se comprenden; los consanguíneos (padres, abuelos, hijos y nietos); por afinidad (suegros y yernos), y los civiles (adoptados y adoptantes); los hermanos, dentro de este concepto caben los hermanos germanos de padre y madre común) y los de padre común. Los parientes protagonistas de un incesto son responsables del delito, salvo casos excepcionales en que alguno de ellos goce de causa de inimputabilidad por ejemplo, debido a su ignorancia de liga familiar o porque sea víctima de violación incestuosa" (34)

S E M E J A N Z A S

- a) Ambos delitos son de acción.
- b) Ambos delitos son de lesión.
- c) En ambos delitos el sujeto activo puede ser hombre o mujer.

(34) IBIDEM, pag. 246

D I F E R E N C I A S

- a) En el delito de incesto, media esencialmente parentesco entre sujeto activo y pasivo del delito.
- a) En el D.I.A.H. puede o no haber parentesco ante su geto activo y pasivo del delito.
- b) En el delito de incesto el bien jurídicamente tutelado, lo constituye la protección de la organización y el orden exogánicos de la familia y aún más quizás la prevención de descendencia degenerada.
- d) En el D.I.A.H. el bien jurídicamente tutelado lo constituye la libertad de procreación.
- c) En el delito de incesto, existen para su consumación las relaciones sexuales, entendidas estas como cópula o coito entre sujeto activo y pasivo del delito.
- c) En el D.I.A.H. no existe la cópula o coito.

B.6 A D U L T E R I O

Del latín, adulterium, en el lenguaje común se entiende que es la relación sexual de una persona con otra que no es su conyuge. [35]

[35] DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas. tomo I. U.N.A.M. México, 1982 pag. 105.

Adulterio; es la relación carnal (coito normal) completo o incompleto, de un casado con persona que no es su conyuge. (36)

El Código Penal vigente para el Distrito Federal determina al adulterio en su artículo 273, diciendo: "Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo".

Cualquier adulterio es siempre un ilícito civil que por, violador del deber de fidelidad matrimonial se produce acción de divorcio (art. 267 frac. I. del Código Civil vigente para el Distrito Federal), pero para que el adulterio constituya delito, se requiere su realización en condiciones de grave afrenta para el conyuge inocente, violación del domicilio conyugal, es candalo) (37).

Así mismo el adulterio se ha considerado, por algunas autoridades como un delito contra la honestidad, pero esta calificación ha recibido serias objeciones, por -

(36) GONZALEZ, DE LA VEGA, FRANCISCO. "EL CODIGO PENAL COMENTADO" op. cit. pag. 247.

(37) Idem.

entenderse, como escribió el penalista Groizard, - - que ni la honestidad de los culpables, ni la del marido, ni la pública pueden ser ofendidos por esta infracción penal, para este mismo, el adulterio, más que un delito contra la honestidad, es un delito contra los deberes de familia. De aquí se enorme trascendencia social. (38).

Por la dificultad de denotar el discutible objeto de la tutela penal, por la dificultad práctica de su comprobación en los procesos, por la esterilidad de su represión y por la crisis actual del matrimonio, la tendencia moderna es abolicionista del adulterio como delito, abandonando su ilicitud a las simples sanciones civiles. Nuestra legislación lo conserva pero a lo menos, ha limitado su represión a muy contados casos - - (escándalo, violación del domicilio), y ha equiparado al sexo de los conyuges adúlteros pero los efectos de la represión. (39).

Es así que aunque la parte de la doctrina penal niega - el carácter delictivo del adulterio, el Código Penal -

-
- (38) DE PINA, VERA, RAFAEL. "DICCIONARIO DE DERECHO" - decimoprimer edición. editorial Porrúa, México 1983. pag. 63.
- (39) GONZALEZ, DE LA VEGA FRANCISCO. "EL CÓDIGO PENAL COMENTADO". op. cit. pag. 247.

para el Distrito Federal, mantiene la figura delictiva, pero dentro de límites restringidos. (40).

En el Derecho Civil Mexicano, es ilícito todo adulterio ejecutado por el marido o la mujer, cualquiera que sean las circunstancias en que se realice. Sin embargo, esta noción general o civil de adulterio corresponde en todos los extremos al concepto del delito que lleva ese nombre. Aquella es preferentemente de orden contractual y este es primordialmente tutelador del orden familiar. (41).

Para el maestro González De La Vega: "El objeto de la tutela penal en este delito radica en el interés de asegurar el orden matrimonial contra los daños o peligros causados por los actos adulterinos realizados en condiciones de grave afrenta contra el conyuge inocente". (42)

Pero los elementos de este delito lo constituyen:

Un acto de adulterio. Es decir la infidelidad, de un casado, consiste en su acceso carnal (coito) con persona ajena a su matrimonio, por tanto, es supuesto del delito el vínculo matrimonial civil (art.130, tercer

(40) DE PINA, VERA, RAFAEL. op, cit. pág.63

(41) GONZÁLEZ, DE LA VEGA, FRANCISCO. "DERECHO PENAL MEXICANO". LOS DELITOS. op. cit. pág.425.

(42) DE PINA, VERA, RAFAEL. op, cit. pág.63

apartado constitucional) existente en el momento del acto. En la practica, salvo casos de sorpresa infraganti o de confesión de los responsables, la prueba directa del ayuntamiento es difícil por la desaparición de sus huellas. Que el acto, se cometa en condiciones de grave afrenta; estas son:

- a) En el domicilio conyugal. Se emplea la frase no en el concepto técnico civil en ocasiones ficticio de domicilio, si no en su sentido vulgar de residencia o lugar permanente o transitorio de convivencia de los conyuges; esto, por lo que el legislador penal contempla es la injuriosa y despectiva actitud de introducción al príncipe a la habitación común; o
- b) Con escandalo, es decir, acompañado al estado o acto adulterino de grave publicidad, afrentosa para el conyuge inocente. La participación en sus casos ordinarios, el delito supone la responsabilidad plural de los actores del acto. Por supuesto, si el partícipe ignora el vínculo matrimonial de su amante,

no es el responsable (art. 15, frac. VI. Código Penal para el Distrito Federal) (43),

El art. 275 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal, establece que sólo se castigará el adulterio consumado, por consiguiente el adulterio es un delito instantáneo que se consume en el momento mismo del acceso carnal. Puede integrar delito continuo, cuando entre los mismos protagonistas se prolonga en forma más o menos permanente un estado de relaciones sexuales.

Para la punibilidad del hecho es indiferente que en el momento de su consumación esté presente o ausente el conyuge ofendido, por que lo que el legislador mira como delictuosa es la despectiva e injuriosa actitud de efectuar el amor carnal e ilícito en la habitación común de los esposos. En el adulterio, el único titular de la querrela es el conyuge ofendido, el Ministerio Público, no puede, de oficio iniciar su persecución, salvo el caso de que el adulterio haya degenerado otro delito; como en todos los delitos que requieran como condición de procedibilidad la querrela necesaria, en

(43) GONGALEZ, DE LA VEGA, FRANCISCO. "EL CÓDIGO PENAL COMENTADO" op. cit. pág. 248.

el adulterio la acción penal desaparece cuando ha mediado consentimiento del ofendido. Es de denotar que - el perdón en adulterio no solo es extintor de la acción penal sino de las penas art. 93 del Código Penal para el Distrito Federal)

S E M E J A N Z A S

- a) Tanto en el delito de adulterio como en la inseminación artificial cuando ésta es Heteróloga, hay - introducción de semen, por vía natural en el primero y por vía artificial el segundo.
- b) Ambos delitos son de lesión
- c) Ambos delitos son dolorosos.
- d) Ambos delitos son de acción.
- c) Ambos delitos son instantaneos.

fidelidad que recíprocamente se deben los conyuges.

- f) En el D.I.A.H. la infidelidad conyugal no es un concepto propio de este delito, puesto que no se comete adulterio si la mujer es inseminada en la habitación conyugal, aún con su consentimiento. Pero sería una injuria grave a su conyuge.

D I F E R E N C I A S

- a) En el delito de adulterio existe la cópula.
- a) En el D.I.A.H. no existe la cópula.
- b) Para que se verifique el delito de adulterio, debe realizarse en el domicilio conyugal o con escandalo.
- b) El D.I.A.H. puede realizarse en cualquier lugar y sin escandalo, es decir, que carece de referencias especiales.
- c) En el delito de adulterio, es presupuesto indispensable que por lo menos uno de sus protagonistas, en el momento del acto, esté unido en matrimonio legítimo.
- c) En el D.I.A.H. El sujeto pasivo y activo del delito pueden ser solteros, casados, viudos o divorciados.

- d) En el delito de adulterio, el bien jurídicamente tutelado lo constituye, la integridad y la unión familiar.
- d) En el D.I.A.H. el bien jurídicamente tutelado es la libertad de procreación.

Es así, como una vez hecho el estudio comparativo del delito de inseminación artificial humana, ante los delitos sexuales del Código Penal, nos ha servido para distinguir en una forma por demás individualizada y específica la existencia propia del delito que ha sido el motivo de esta tesis, en razón de que en múltiples ocasiones se ha confundido e inclusive se ha determinado como un delito sexual; pero como decimos anteriormente en este proyecto, la única correlación que tiene con los antes mencionados lo es la palabra "sexual" y mismo que constituye, la interacción de células reproductivas, más no la presencia determinante de fusión corporal copulativa, situación inequívoca que los distingue.

Más aún, la inseminación artificial humana, ha sido -

considerada como delito (en algunos casos) por los legisladores, tomando en cuenta el bienestar de la colectividad, en razón de que puede representar su existencia una violación al derecho de los individuos a elegir libremente entre procrear y no hacerlo.

C. LA INSEMINACION ARTIFICIAL HUMANA COMO DELITO, ANTE OTROS DELITOS DEL CODIGO PENAL.

Todo el anterior estudio realizado en el delito que nos atiende en la presente tesis, ha dado como resultado indubitable, que éste se constituya, como un delito específicamente independiente a una determinada clasificación hecha por el Código Penal, es decir, su existencia es autónoma, más para su correcta aplicación típica, requiere el necesario análisis de correlectividad, con otros delitos de este precepto legal, a efecto de crear un profundo discernimiento de la existencia propia de éste como tal.

C. I DELITOS CONTRA LA SALUD

El artículo 199 bis del Código Penal vigente para el Distrito Federal dice: El que, sabiendo que esta enfermo

de sífilis o de un mal venéreo en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro por medio de relaciones sexuales, será sancionado con prisión hasta de tres años y multa hasta de tres mil pesos, sin perjuicio de la pena que corresponde si causa el contagio.

Cuando se trate de conyuges, solo podrá procederse por querrela del ofendido.

Por lo anterior se presenta la problemática de responsabilidad, en el caso de inseminación artificial heteróloga; es decir, cuando el médico falto de ética profesional y carente de una obligatoriedad específica que se rija su conducta, dispone de semen de un dador, que previamente no se le practicó examen médico alguno y potencialmente puede ser trasmisor de enfermedades infecciosas, que pongan en peligro la salud y la vida misma de la mujer inseminada y bien del fruto de la inseminación o de ambos.

Pero es aquí, donde la conducta del donador, no es imputable de ilicitud, aún sabiendo del destino de su

líquido seminal, en razón de que este sujeto no tuvo la intencionalidad específica, inmediata o mediata de lesionar la salud de los indicados, toda vez que el donador no incurre en acción copulativa con la mujer. Más la responsabilidad activa absoluta recae en el propio profesional médico, que la practicó. caso necesario que esta conducta caiga en relación con el artículo 228 del mismo Código y que se refiera a la responsabilidad profesional.

C - 2 REVELACION DE SECRETOS.

El artículo 210 del Código Penal para el Distrito Federal dice:

Se aplicará multa de cinco a cincuenta pesos o prisión de dos meses a un año, al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que puede resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto.

El artículo 211 del mismo ordenamiento legal dice:

La sanción será de uno a cinco años, multa de cincuenta

a quinientos pesos y suspensión de profesión en su caso, de dos meses a un año, cuando la revelación punible sea hecha por persona que presta servicios profesionales o técnicos o por funcionarios o empleado público, o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter Industrial.

Los mencionados nos hacen razonar la existencia de una conducta ilícita en el caso de una inseminación artificial heteróloga, en donde los datos confidenciales del dador, sean dadas a conocer publicamente por el sujeto o sujetos responsables de su origen control y vigilancia, creándose así un daño moral, que recae en las personas directamente relacionadas en la acción inseminatoria (salvo cuando sea solicitada por autoridad judicial), conducta lasciva, que podría encuadrarse en el artículo 30 de este Código y que se refiere a la Reparación del Daño.

C - 3 RESPONSABILIDAD MEDICA

El artículo 228 del Código Penal para el Distrito Federal dice:

Los profesionistas, artistas o técnicos o sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en la Ley General de Salud o en otras normas sobre ejercicio profesional, en su caso:

- I.- Además de las sanciones fijadas por los delitos que resulten consumados según sean intencionales o por imprudencia punible, se les aplicará suspensión de un mes o dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia; y
- II.- Están obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquéllos.

Las anteriores normas jurídicas son ampliamente aplicables, en alusión a lo antes mencionado en relación al análisis del artículo 199 bis.

Es decir, la responsabilidad de la correcta actividad inseminatoria reside propiamente en el profesional

médico que la practica, más como decíamos anteriormente, no existe la específica normativa que rijan esta conducta, siendose necesario su propia creación, que delimite por demás claramente y ordenadamente las reglas en las que el profesional debe guiar su conducta a efecto de no caer en actos de ilicitud.

Consiguientemente por lo anterior, es de cabal necesidad, que la tipificación actual del delito de inseminación artificial humana, existente en el artículo 466 de la Ley General de Salud, sea modificada a efecto de ampliar su ambito de aplicabilidad, aludiendo a conductas y responsabilidades, en forma clara y específica; tutelando en condiciones por demás congruentes y efectivas el bien jurídico protegido, y así mismo correlacionando los sujetos que intervienen en él, con motivo de delimitar posibles actos ilícitos, creando una normativa penal aplicable en cualquier momento y caso que se requiera; teniéndose la plena seguridad de una apreciación, carente de obscuridades y lagunas jurídicas que tanto afectan en la propia y justa impartición de justicia.

CAPITULO IV

DERECHO COMPARADO EN PROYECTOS Y LEGISLACIONES

El Derecho comparado se ha incluido en el presente proyecto a efecto de crear una mejor comprensión del delito que nos atiende y así mismo, discernir en nuestro propio juicio jurídico.

Va que la existencia de antecedentes extranjeros, da la pauta para distinguirlos y analizarlos en sus propias consecuencias de creación y aplicación, resultados que nuestra legislación debe a bien considerar a efecto de estructurar leyes, que sean afines a nuestras propias características peculiares de ideosincracia y así mismo, establecer un equilibrio en la unificación legislativa internacional.

A. - LEGISLACION DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA

Tal vez el único reglamento relativo a la Inseminación Artificial, es el Código Sanitario del Estado de Nueva York, el cual contiene reglamentos en esta materia de sumo interés para otras jurisdicciones y vale la pena

reproducirlos en su intencidad.

Reglamentos, Gobernando, la disposición del fluido seminal, para Inseminación Artificial Humana.

Reglamento 1.- La persona a quién se le haya de coleccionar el fluido seminal con el propósito de Inseminación Artificial Humana, tendrá un examen físico completo con atención particular a los órganos genitales en el momento de tomar dicho fluido seminal.

Reglamento 2.- Dicha persona tendrá un examen sexológico estándar de sífilis y prueba y cultivo para detectar gonorreas; no menos de una semana antes que dicho fluido seminal sea obtenido.

Reglamento 3.- Ninguna persona que padezca cualquier enfermedad venérea, tuberculosis o infección, será usado como donante del fluido seminal con objeto de Inseminación Artificial Humana.

- Reglamento 4.- Ninguna persona que tenga defectos ó enfermedades, reconocidas como transmisibles por los genes, será usada como donante de Inseminación Artificial Humana.
- Reglamento 5.- Antes que la Inseminación Artificial Humana, se lleve a cabo, ambos, la donante propuesta y el recipiente propuesto serán sometidos a un examen de sangre con respecto al factor RH en un laboratorio aprobado para sexología por la Junta o Comisión de Salubridad. si el propuesto recipiente del factor RH, el semen no será usado para la Inseminación Artificial, a no ser de un donante de fluido seminal cuya sangre sea, también negativa a este factor.
- Reglamento 6.- Donde la Inseminación Artificial, sea efectuada, al medico efectuando la misma, mantendrá un record que mostrará los sí-

guientes datos:

- a) El nombre del médico.
- b) El nombre y domicilio del donante.
- c) El nombre y domicilio del resipiente.
- d) Los resultados del exámen físico y los resultados del exámen sexológico, incluyendo las pruebas del factor RH.
- e) La fecha de la Inseminación Artificial Humana.

Estos datos serán tomados como confidenciales y las carpetas donde están contenidos no serán abiertos a inspección del público o por cualquier otro individuo, más que la Comisión de Salubridad, un representante autorizado del Departamento de Salubridad y otras personas semejantes, que puedan ser autorizadas por la ley para inspeccionar dichos records. El custodiante de estos records mencionados, no divulgará ninguna parte de los mismos para descubrir la identidad de las personas a quién relacionan, excepto cuando sea propuesto por la Ley (1). Además en los Estados Unidos de Norteamérica, país que quizá, posee la primacía de la Inseminación Artificial,

(1) VERA, HERNANDEZ, JULIO CESAR, "INSEMINACION ARTIFICIAL EN SERES HUMANOS. INCIDENCIAS JURIDICAS". Rev. Foro de México. No. 85, México, 1960. pág. 95

en seres humanos, se ha propuesto en cinco Estados reglamentos similares al de New York.

Más es de notar que en 1949, el cuerpo legislativo del Estado de New York, presentó un proyecto de ley, que estipulaba, "Un niño nacido en una mujer casada, por medio de la Inseminación Artificial, efectuada con el consentimiento del marido, es considerado como hijo natural y legítimo, tanto del marido como de la mujer, con todas las consecuencias que tal estado comporta; pero tal proposición no se definió como ley. (2).

Otro proyecto presentado fue en el Estado de Virginia, y se concibió en los siguientes términos; "Los hijos nacidos de la Inseminación Artificial, serán considerados hijos legítimos para todos los efectos si el marido de la madre ha consentido en la operación. (3)

8.- PROYECTO SUECO

Esta ley es aplicable a la reproducción por esperma (Inseminación) que los médicos hacen en las mujeres casadas, con semen de otra persona que no es el marido.

(2) PLIEGO AGUILAR, GILDARDO. "LA INSEMINACION ARTIFICIAL HUMANA Y SUS POSIBLES CONSECUENCIAS PENALES" TESTIS. UNAM. México. 1969. pág. 76

(3) IDEM.

- 1.- La inseminación solo puede hacerse en un hospital o en una instalación que tenga conocimientos especiales en ginecología, pero, sin obstáculo para ello las autoridades medicas pueden permitir a ciertos médicos que hagan la Inseminación ante la institución mencionada o en otra parte, por tal conocimiento las autoridades médicas bajo la condición de que se aprueben los requisitos.
- 2.- La Inseminación no puede tener lugar sin el consentimiento del marido.
- 3.- Compete al médico seleccionar al donante de semen apropiado, como donante de semen puede elegirse a cualquiera que indique el esposo.

En otro caso corresponde al médico hacer los trámites convenientes para impedir que el esposo tenga conocimiento de quien es el donante, así como para impedirle a éste conocer quien es la mujer.

CAPITULO SEGUNDO.

Si la madre de la criatura, que fué considerada en el número uno, con el consentimiento de su marido, se

somete a la inseminación con semen de otro hombre en época que puede concebir una criatura, de acuerdo con lo considerado, no puede tener lugar un juicio - a menos que pueda darse por cierto que la criatura - no fué concebida por la inseminación.

4.- No puede promoverse un juicio al donante por la paternidad de la criatura que fué concebida con el semen.

CAPITULO TERCERO.

Si se afirma en el juicio por nacimiento legítimo (matrimonial) que la madre a padecido Inseminación en época en que puede concebir una criatura, sin perjuicio de lo instituido en el Código de Procedimientos Civiles, el médico que realiza la Inseminación y aquel que ayudó a ella con oídos respecto a la Inseminación se ha hecho con el consentimiento de otro hombre que no es el marido, no se puede presentar nada por lo cual se aclara quién es el donante del semen.

5.- El médico que haga la Inseminación en contra de .

esta ley o que infrinja lo que dispone en ésta, será juzgado y se le impondrá el mayor castigo aparte de una multa (4).

C. LEGISLACION ESPANOLA.

En España se precisa que la Inseminación Artificial, no constituye adulterio, al faltar la copula carnal con una persona distinta al esposo, pero que puede considerarse una violación del deber de fidelidad y a un grave acto de desobediencia de la mujer, pero si el marido prueba la imposibilidad física de acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubieran precedido al nacimiento del hijo (Art. 108 del Código Civil) la mujer podrá ser condenada por adulterio aún sin probarse la existencia de un amante, (Sentencia del Tribunal Supremo del 24 de octubre de 1894). Simplemente por la presunción de haberlo tenido con otro hombre salvo que pruebe haberlo habido por Inseminación Artificial (5).

D. LEGISLACION ALEMANA.

Artículo 203: La "Transferencia artificial de semen"

(4) *IBIDEM*, pags. 80 - 81

(5) CERVANTES JOSE VICENTE. CODIGO PENAL ESPANOL REFORMADO. - Primera edición Ed. Don Angel Calleja - Madrid. 1951. pag. 60

(Kunstliche Samenübertragung) "delitos contra el matrimonio, la familia y el estado de las personas". Por su importancia se transcribe el texto.

- 1.- El que ejecutare sobre una mujer una transferencia artificial de semen será castigado con prisión hasta tres años.
- 2.- La mujer que permitiera sobre sí misma una transferencia artificial de semen será castigada con prisión hasta dos años o con arresto penal.
- 3.- Los párrafos 1 y 2 no serán aplicables cuando un médico, con consentimiento de ambos cónyuges, transfiera artificialmente semen del marido a su mujer.
- 4.- Si el hecho del párrafo 1, fuere ejecutado sin consentimiento de la mujer, la pena de prisión no será inferior a seis meses. {6}

E.- LEGISLACION MEXICANA

En nuestro Derecho Mexicano, siendo Don Adolfo Ruiz Cortines, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, se constituyó un ante-proyecto en

{6} SALAZAR, SALAZAR, ISHAEL. Análisis Penal de la Humanoisomía Partenogénica. (Inseminación Artificial) Tesis, U.V.H. México, 1985. Pags. 87-88

materia sanitaria y que se expidió en esa época, relativo a la Partenogénesis:

ADOLFO RUIZ CORTINES, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes sabed:

Que el H. Congreso de la Unión, en cumplimiento de la fracción VI del artículo 73 de la Constitución Política, me ha remitido para su promulgación y publicación lo siguiente:

LEY QUE REGULA ALGUNAS TRANSACCIONES CIVILES Y MERCANTILES SOBRE EL CUERPO HUMANO, SUS SISTEMAS, APARATOS, ORGANOS Y FLUIDOS.

CAPITULO PRIMERO.

Artículo Primero.- Esta Ley será de observancia general en el Distrito y Territorios Federales en materia común, y en materia civil, Federal, Mercantil, Penal y Administrativa en toda la República.

Artículo Segundo.- Se declaran los siguientes actos y hechos:

FRACCION IV. "La fecundación artificial entre esposos, - cuando por imposibilidad física de alguno de ellos, -

este sea el único medio para lograr la procreación de los hijos.

Artículo Tercero.- Se declaran ilícitos los siguientes actos o hechos:

FRACCIÓN IV.- La fecundación artificial hecha a la mujer cuando el semen no sea de su esposo legítimo, ó cuando no exista la imposibilidad física exigida para la aplicación de este medio, así como el hecho de que el marido consienta en proporcionar semen para fecundar a una mujer que no sea su esposa.

TRANSITORIOS:

Artículo Cuarto.- Se crea el Departamento de Control Médico Jurídico de la Secretaría de Salubridad y Asistencia Pública, con las atribuciones que otorga esta Ley y le atribuya su reglamento, para representar a la misma Secretaría en todos los asuntos concernientes a la aplicación de la presente Ley".

Por novedoso, por la poca información, por la inexistencia doctrinaria, concreta a esta actividad Partenogénica, y como único antecedente formal la Ley en - -

en materia sanitaria, que se expidió en la Época del Sr. Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Adolfo Ruiz Cortines, y por que ninguna actividad que tenga en sus objetivos, el manejo de bienes y derechos jurídicos que constituyen valores para la sociedad mexicana, en la que se trata de construir una norma jurídica, que regule su manejo, dentro de nuestra dogmática jurídica.

Esta Ley queda abrogada, por la Ley General de la Salud, con fecha 30 de diciembre de 1983 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el martes 7 de febrero de 1984. (7) y misma que entró en vigor el primero de julio del mismo año establece en su Título - Décimo octavo referente a las medidas de seguridad, sanciones y delitos. Capítulo Sexto (delitos) preceptúa:
Artículo 466:

Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como

(7) IBIDEM pags. 88 - 90

como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

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

CAPITULO V.

MODIFICACION AL ARTICULO 466 DE LA LEY GENERAL DE SALUD

Como ha sido planteada la problemática de la norma que nos atiende en el presente proyecto, se han distinguido ineludibles errores de creación, y asimismo de aplicabilidad, es decir, este examen crítico y minucioso - ha hecho aflorar dudas en cuanto a esta exclusiva legislación y su funcionalidad, y aún más en cuanto a su adecuación legislativa internacional, por lo que al concluir el actual proyecto, se ha hecho necesario, integrar este último capítulo en el cual proponemos una normativa, que cumple con las necesidades inmediatas y mediatas de impartición de justicia, dentro de un propio y exclusivo marco de equidad, actual y futura, ya que el hecho de que subsista de la manera como se encuentre operando hasta la fecha no subsana errores, al contrario los recrudece, es por tal, por lo que existe la ineludible necesidad, de redificar su estructura y especializar su función de tal modo, que se alude a las propias necesidades de una sociedad en plena conducta evolutiva, llenando a la par con los significativos adelantos científicos.

Es por ende, que en este capítulo nos ocupamos de puntualizar tal modificación.

SE PROPONE LO SIGUIENTE:

Comete el delito de fecundación forzada, al que por medio de la violencia física o moral, insemine artificialmente a mujer mayor de edad o a la menor de edad incapaz aún con el consentimiento de estas últimas. Se aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce embarazo como resultado de la inseminación.

Si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

La mujer casada requiere del consentimiento por escrito de su conyuge, tratándose de transmisión de semen, por un donador (heteroinseminación) éste será anónimo, más sus datos cromosómicos y de identidad solo serán de manejo exclusivo de un reglamento banco de semen, del que se proceda los mismos, solo podrán ser dados a conocer a petición de Autoridad Judicial y de Salud.

La inseminación solo podrá efectuarla un profesional de la salud, quién deberá contar con autorización especi-

fica del sector salud.

La inseminación solo puede tener lugar en hospitales - del Estado o en Instituciones privadas especialmente - autorizadas para é^llo.

La Inseminación a mujeres solteras solo se realizará - cuando se invoquen especiales motivos para é^llo, y pre - vios estudios socioeconómicos y Psiquiátricos que le - practique el propio sector salud, que demuestren que - la mujer es la adecuada para educar y cuidar el fruto de su inseminación.

Lo mismo se exigirá a personas divorciadas, viudas o - que no vivan en comun con su conyuge.

La solicitud de inseminación deberá presentarse por es - crito al médico autorizado, quien a su vez, deberá so - meterla a la revisión de la autoridad sanitaria.

Asímismo, los antes indicados presupuestos, serán ope - rantes en su debida y específica trascendencia a la - llamada fecundación extracorporea ó en In-vitro, sien - do aplicable la máxima punibilidad consignada en el - presente; en el caso de la existencia de préstamo de -

de útero ó maternidad subrogada, a efecto de comercia
lidad ó explotar la integridad física corporal; para
alcanzar un lucro indebido.

C O N C L U S I O N E S

- PRIMERA.- Existe una plena evidencia de un retraso -
 jurídico ante el apabullante descubrimiento
 científico, que en su existir modifica -
 la conducta del hombre dentro de la sociedad.
 Por lo que es de plena necesidad la creación
 y determinación de normas jurídicas de -
 aplicabilidad actual y futura a efecto de -
 constituir una impartición de justicia en un
 ámbito de respeto y equidad.
- SEGUNDA.- La Legislación Mexicana ha dado la plena li-
 bertad de procreación, tutelada a través de
 nuestra propia Carta Magna y lo constituye -
 propiamente el artículo Cuarto Constitucio-
 nal.
- TERCERA.- La libertad procreacional en México es un -
 concepto por lo demás lógico, en razón al -
 sistema democrático que se goza, y en el que
 los ciudadanos tienen un derecho garantizado
 al más alto nivel para resolver responsable-
 mente su aspiración de engendrar.

CUARTA.- En el ámbito jurídico internacional la legislación, oportuna, clara y exacta de la Inseminación Artificial Humana como delito es - plenamente grave y más lo es en nuestro país, que observa un signo de Derecho escrito y es tricto.

QUINTA.- En la Legislación Mexicana se tipifica expresamente a la Inseminación Artificial Humana como delito, en la Ley General de Salud, publicado en el Diario Oficial de la Federación, - el 7 de febrero de 1984 y misma que entró en vigor el 1° de julio del mismo año, en su título décima octava, Capítulo VI, Artículo 466.

SEXTA.- El delito de Inseminación Artificial Humana - al estar previsto en una normativa distinta - al Código Penal, hace que la Ley General de - Salud se constituya en una Ley Especial, en apego al artículo Sexto del Código Penal.

SEPTIMA.- En la normativa del Delito de Inseminación - Artificial Humana, el legislador determina en su parte primera, cuando, como resultado del

acto inseminatorio, no existió embarazo, - - aplicando una punibilidad atenuada en razón - de que tutela en forma exclusiva la integridad física de la víctima, más en su parte segunda. La acción positiva trae como resultado el embarazo del sujeto pasivo, y es aquí donde el legislador diserta la violación de la integridad física y así mismo la libertad de procreación, aplicando una punibilidad ca l i f i c a d a.

OCTAVA.- La normativa del Delito de Inseminación Artificial Humana, (Art. 466 de la LGS) se configura como inobjetable laguna jurídica, es - decir, una nota imperfecta en su contexto de conjunción general y más en lo específico, - en su parte última, en la que se menciona el "consentimiento" en su propia estructura regu l a d o r a.

NOVENA.- El Delito de Inseminación Artificial Humana, (Art. 466 de la LGS) consiste en la absoluta

actividad positiva, es decir, una acción corporal voluntaria, recaída en la víctima o sujeto pasivo, configurándose en atención al orden en un delito de acción.

DECIMA.- La normativa del Delito de Inseminación Artificial Humana (Art. 466 de la LGS) pudiéndose presumiblemente configurar en atención al orden al resultado en un delito formal o de mera actuación, ya que en su parte primera la conducta ilícita no tiene como resultado palpable o material propiamente el embarazo; más en la misma normativa, en su parte segunda, puede configurarse en un acto ilícito ejecutado con trascendencia material como lo sería propiamente el embarazo, constituyéndose este delito en el mismo orden en un ilícito material o resultado.

DECIMA PRIMERA.- La normativa del Delito de Inseminación Artificial Humana, (Art. 466 de la LGS) en su parte primera puede constituirse, identificándose que la sola conducta ejecutada de practicarse la

Inseminación Artificial contra la voluntad de la mujer o con ella, siendo en este caso incapaz o menor, en un daño directo y efectivo, al bien jurídico tutelado como lo es la libre procreación, por lo que hace que en atención al orden al daño este ilícito se constituye en un inobjetable delito de lesión.

DECIMA SEGUNDA.- La normativa del Delito de Inseminación Artificial Humana, (Art. 466 de la LGS), en su parte primera, se constituye en una acción positiva instantanea, es decir, el momento de vertir el liquido espermático en el órgano femenino constituye el momento preciso de la consumación instantanea; más en su parte segunda, puede constituirse en el mismo orden en un delito en donde la acción positiva consumatoria produce resultados de carácter prolongado, persistiendo las consecuencias nocivas del acto (embarazo) y así mismo violándose el bien jurídico tutelado de libre procreación.

DECIMA TERCERA.- La normativa del Delito de Inseminación Artificial Humana (Art. 466 de la LGS) en el orden a su culpabilidad este ilícito se configura en una acción positiva razonada, meditada y así mismo ejecutada constituyéndose en un inobjetable delito intencional ó doloso.

DECIMA CUARTA.- La normativa del Delito de Inseminación Artificial Humano (Art. 466 de la LGS), se deriva de una sola acción positiva consumatoria como lo es el vertir líquido espermático en los órganos genitales femeninos, único acto que agota el ilícito, por tal en orden al número de actos de la acción típica se constituye en un delito unisubsistente.

DECIMA QUINTA.- La normativa del Delito de Inseminación Artificial Humana (Art. 466 de la LGS), es la acción positiva ejercida por un solo sujeto, aunque esta conducta sea apoyada por la concurrencia de complicidad de otros sujetos, es decir la conducta individualizada de vertir -

El liquido espermático lo constituye en un solo su jeto violador del bien jurídico tutelado confor mado la ilícita descripción, constituyéndose es ta normativa atendiendo el número de sujetos - en delito unisubjetivo.

DECIMA SEXTA.- La normativa del Delito de Inseminación Ar tificial Humana (Art. 466 de la LGS), se cons tituye en un ilícito cuya consecución es de - oficio, más en un parecer personal debería cons tituirse su aplicabilidad persecutoria en la - denuncia formal del sujeto pasivo del delito ó de sus legítimos Representantes en su caso de ser menor o incapaz, ante la Autoridad Judicial, más su acción persecutoria cesarla al otorgarse el perdón por parte de la víctima o de sus legí timos representantes en caso de ser menor o in capaz, pudiéndose constituirse a mi parecer en el orden a persecución en un delito de querrela.

ECTIMA SEPTIMA;- El Delito de Inseminación Artificial Humana (Art. 466 de la LGS) ha sido en múltiples ocasiones confundido y así mismo identificado con los delitos sexuales más el único punto de correlativa identificación lo constituyen los elementos - isogámicos que en el intervienen.

B I B L I O G R A F I A

- 1.- AUSTIN, C.R. y SHORT, R.V. Control Artificial de la Reproducción. (Tr. Enrique Hidalgo de la Vega), Ediciones Científicas La Prensa Médica Mexicana, México, 1982.
- 2.- CASTELLANOS, FERNANDO. Lineamientos de Derecho Penal. Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1967.
- 3.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Código Penal Anotado. - - Décima Edición, Editorial Porrúa, México, 1983.
- 4.- CASTRO, V. JUVENTINO. Lexiones de Garantías y Amparo. Tercera Edición. Editorial Porrúa, México, 1981.
- 5.- DE IBARROLA, ANTONIO. Cosas y Sucesiones. Tercera - Edición, Editorial Porrúa, México, 1972.
- 6.- DE PINA, VARA, RAFAEL. Diccionario de Derecho. Décima primera edición. editorial Porrúa, México, 1983.
- 7.- DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO ' Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo 1, U.N.A.M., México, 1982.
- 8.- ENCICLOPEDIA MEDICO FAMILIAR. Volumen 2, Tomo 1, Editorial Argos, Barcelona, 1977.
- 9.- FLORESGOMEZ, GONZALEZ, GUSTAVO/CARBAJAL, MORENO, FERNANDO. Nociones de Derecho Positivo Mexicano. Décima-tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 2976.

- 10.- GARCIA, MAYNEZ, EDUARDO. Introducción al Estudio del Derecho. Vigésima séptima edición, editorial Porrúa, México, 1977.
- 11.- GAYTAN, CARLOS, Diccionario Mitológico. Octava Edición, Editorial Diana, México, 1975.
- 12.- GOLDSTEIN, MARTIN. Léxico de la sexualidad. (Tr. - L. Rodríguez López), Primera Edición, Editorial Loquez, México, 1981.
- 13.- GONZALEZ, DE LA VEGA, FRANCISCO. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Séptima Edición, Editorial Porrúa México, 1964.
- 14.- GONZALEZ, DE LA VEGA, FRANCISCO. El Código Penal Comentado. Segunda Edición, Editorial Porrúa, - - México, 1939.
- 15.- GUTIERREZ Y GONZALEZ- ERNESTO. Derecho de las Obligaciones. Segunda Edición, Editorial Cajica, México, 1965.
- 16.- MAILLET, MARC. De los Bebés de Probeta a la Biología del Futuro. (Tr. Prof. Sergio Madero Báez) Primera Edición, Editorial P.L.M., México 1981.

- 17.- MARTINEZ, ROARO, MARCELA, Delitos Sexuales. Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1982.
- 18.- MEAD, MARGARET. ET. AL. El Derecho a Vivir. (Tr. María Teresa la Valle) Primera Edición, Editorial Americana, Buenos Aires, 1970.
- 19.- NOVA, MONREAL, EDUARDO. El Derecho como Obstáculo al Cambio Social. Séptima Edición, Editorial Siglo XXI, México, 1985.
- 20.- PAVON, VASCONCELOS, FRANCISCO. Manual de Derecho Penal Mexicano. Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1967.
- 21.- PLIEGO, AGUILAR, GILDARDO. La Inseminación Artificial Humana y sus Posibles Consecuencias Penales. - Tesis, U.N.A.M., México, 1969.
- 22.- PORTE PETIT, CANDAUDAP, CELESTINO. Apuntamientos a la Parte General de Derecho Penal. Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1978.
- 23.- PORTE PETIT, CANDAUDAP, CELESTINO. Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Violación. - Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1985.

- 24.- RAMBAUR, RAYMUND.- El Drama Humano de la Inseminación Artificial. (Tr. Dr. Baldomero Cordon Bonet), Primera Edición, Editorial Impresiones Modernas, - México, 1953.
- 25.- SALAZAR, SALAZAR, ISMAEL. Análisis Penal de la Humanoisogamia Partenogenica. (Inseminación Artificial). Tesis, U.V.M. México, 1985.
- 26.- VILLALOBOS, IGNACIO. Derecho Penal Mexicano. Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1983.
- 27.- WOOD, Carl.- WESTMORE ANN. Fecundación "In-Vitro". (Tr. Pilar Val), Primera Edición, Editorial Fontanella, Barcelona, 1984.

H E M E R O G R A F I A

- 1.- CIENCIA Y DESARROLLO.- Fertilización Extra Corporea: Aspectos legales.- Rev. Bimestral. Año XI No. 65 - (México, D.F., Noviembre/Diciembre, 1985).
- 2.- CUESTION.- Las Madres Suplentes un acto Humanitario. Rev. Mensual.- Segunda Edición.- (México, D.F. 29 de marzo, 1980).
- 3.- EL SOL DE MEXICO.- Diario. Embarazo en Alquiler: - Negocio Redondo.- Edición Medio Día (México, D.F. - 4 de septiembre 1986).
- 4.- FORO DE MEXICO.- Inseminación Artificial en Seres Humanos: Incidencias Jurídicas.- Rev. Mensual. Nos. Consultados 82-85 (México, D.F., 1980)
- 5.- INFORMACION CIENTIFICA TECNOLOGICA.- Fecundación y Concepción Humanas: Nuevas Posibilidades. Rev. Mensual. Vol. II. No. 39 (México, D.F. Septiembre 1980).
- 6.- JURIDICA.- Anuario del Departamento de la Universidad Iberoamericana. No. 15. (México, D.F. 1983)
7. ✓ OVACIONES.- Diario. Ética y Progreso Científico.- Segunda Edición, (México, D.F. 28 de marzo 1985).
- 8.- PADRES E HIJOS.- Bebes de Laboratorio.- Rev. Mensual. Año 6, No. 64. (México, D.F., 1° de noviembre, 1985).