



276
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ARAGÓN"

**NECESIDAD DE REGULAR LA PROCREACIÓN
ASISTIDA EN EL DISTRITO FEDERAL**

FALLA DE ORIGEN

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA
ROSALÍA MARTÍNEZ LEYVA**

ENEP



ARAGÓN

SAN JUAN DE ARAGÓN

AGOSTO 1995



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.

**A MIS PADRES
CON TODO MI AMOR, CARIÑO Y RESPETO.**

**A MIS HERMANOS
CON TODO MI AMOR Y
AGRADECIMIENTO.**

**A LA LIC. ROSA MA. VALENCIA GRANADOS
POR SU DEDICACIÓN, APOYO Y AYUDA EN LA
ELABORACIÓN DEL PRESENTE TRABAJO.**

**A LA ESCUELA NACIONAL DE
ESTUDIOS PROFESIONALES "ARAGÓN", A
MIS MAESTROS Y COMPAÑEROS DE
GENERACIÓN.**

**AL LIC. JOSÉ GUILLERMO PATIÑO
CON TODO RESPETO COMO PROFESIONISTA
Y AMIGO, GRACIAS POR SUS CONSEJOS.**

NECESIDAD DE REGULAR LA PROCREACIÓN ASISTIDA EN EL DISTRITO FEDERAL

| | |
|--|-----------|
| INTRODUCCIÓN. | 1 |
| CAPÍTULO I. | |
| LA VIDA HUMANA | 4 |
| <i>A. Evolución Sobre el Pensamiento de la Transmisión de la Vida.</i> | 4 |
| 1. Teoría biológica de Aristóteles sobre la reproducción humana. | 4 |
| 2. Teoría de Santo Tomás de Aquino sobre la reproducción humana. | 7 |
| 3. Teoría del siglo XVII sobre la reproducción humana. | 10 |
| <i>B. La Transmisión de la Vida a la Luz de la Biología Actual.</i> | 14 |
| CAPÍTULO II. | |
| EL DERECHO Y SU ÁMBITO PERSONAL DE APLICACIÓN | 22 |
| <i>A. Persona</i> | 22 |
| 1. Origen del término de persona. | 23 |
| 2. Concepto filosófico de persona. | 24 |
| 3. Desde el punto de vista ético o moral. | 25 |
| <i>B. La Persona Jurídica</i> | 26 |
| 1. La personalidad jurídica. | 28 |
| 2. La capacidad jurídica. | 29 |
| 2.1. La capacidad de goce. | 30 |
| 2.2. La capacidad de ejercicio. | 30 |

| | |
|---|------------|
| CAPÍTULO III. | |
| NUEVAS TÉCNICAS DE PROCREACIÓN ASISTIDA | 48 |
| A. La Definición de Gametos. | 49 |
| B. Inseminación Artificial | 51 |
| C. Transferencia Intrafalopina de Gametos. | 63 |
| D. Fecundación Artificial in Vitro. | 65 |
| E. Aberraciones Científicas. | 72 |
| | |
| CAPÍTULO IV. | |
| MARCO JURÍDICO DE LA PROCREACIÓN ASISTIDA | 79 |
| A. En el Derecho Civil Mexicano. | 79 |
| 1. Matrimonio y divorcio. | 80 |
| 2. Paternidad y filiación. | 84 |
| B. En el Derecho Penal Mexicano. | 93 |
| 1. Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual. | 94 |
| 2. Delitos contra la vida y la integridad corporal. | 107 |
| 3. Delitos contra el estado civil y la bigamia. | 130 |
| 4. Responsabilidad Profesional. | 136 |
| | |
| CONCLUSIONES. | 143 |
| | |
| BIBLIOGRAFÍA. | 146 |

INTRODUCCIÓN.

La presente tesis tiene como finalidad introducir al lector, en un tema nuevo en el campo del Derecho, que se ha venido a denominar procreación asistida, demostrando que los avances científicos, en materia de reproducción humana han logrado a través de diversas técnicas prescindir del coito sexual, para generar una nueva vida.

Dentro de nuestro Derecho positivo, hay una gran laguna jurídica respecto de la reproducción asistida, misma que tendrá en un futuro muy lejano, una repercusión de difícil reparación que si como estudiosos de Derecho, no empezamos a analizar si nuestra legislación civil o penal tendrá una respuesta a los diferentes problemas que se pudieran presentar, estaríamos dejando a otros campos como la medicina, la embriología u otras ramas la posibilidad de ir muy por delante de la ciencia jurídica. Trayendo como consecuencia la falta de adecuación dentro de nuestro marco legal de las conductas que se pudieran generar con la práctica de las nuevas técnicas de procreación asistida.

Con base en estas consideraciones, se divide el presente trabajo de la siguiente manera: El primer capítulo hace referencia a la evolución sobre el pensamiento de la transmisión de la vida, a través de la historia, hasta llegar a la época actual.

El segundo capítulo, que lleva por nombre el Derecho y su ámbito personal de aplicación, tiene como finalidad, enmarcar quien es el destinatario o receptor del conjunto de normas que constituyen el

derecho, en virtud de que sin titular del mismo es absurdo hablar de derecho.

El tercer capítulo, da a conocer al lector, los modernos avances científicos en materia de reproducción asistida, así como las técnicas más utilizadas y procedimientos médicos. No dejando a un lado la práctica de estas técnicas dentro de nuestro país, como una realidad palpable.

El cuarto y último capítulo, hace referencia a la proyección dentro de nuestro derecho positivo de las nuevas técnicas de procreación asistida, considerando que es un tema de gran trascendencia y a la vez tan poco retomado por nuestros legisladores. No obstante ello, es necesario realizar un análisis tanto en materia civil y penal. En materia civil se hace un estudio en torno a figuras que a mi parecer podrían ser trastocadas por estas técnicas, como son el matrimonio, divorcio, paternidad y filiación. En materia penal se hace un análisis de las incidencias que podría tener la reproducción asistida dentro de los delitos contemplados por el Código Penal.

Finalmente podemos resumir que las conclusiones de este trabajo están referidas en primer término, a la transmisión de la vida a la luz de la biología actual, el inicio de la personalidad jurídica, las nuevas técnicas de reproducción asistida como una realidad en nuestro país, la necesidad de resguardar la institución del matrimonio ante la reproducción asistida, delimitando la práctica de las técnicas con material genético de los cónyuges, la diferencias y semejanzas de las nuevas técnicas, con los delitos tipificados por nuestro Código Penal. Así como la necesidad de tipificar las diversas conductas que se pudieran generar en un apartado

especial en donde se haga referencia tan sólo al delito de procreación asistida.

CAPÍTULO I.

LA VIDA HUMANA.

A. EVOLUCIÓN SOBRE EL PENSAMIENTO DE LA TRANSMISIÓN DE LA VIDA.

A través de un análisis histórico se puede apreciar la evolución del pensamiento de las diversas disciplinas científicas y de la sociedad, esto nos ayuda a entender nuestra posición actual en las diversas esferas del conocimiento intelectual. De ahí que sea importante conocer las diversas ideas que durante la historia se han presentado sobre el momento en que una persona humana inicia su existencia.

La evidencia histórica muestra como las diversas opiniones respecto del inicio del individuo humano, han cambiado a lo largo de los siglos en virtud de la apreciación de los hechos biológicos a la luz de los conocimientos de cada época.

Muchos de los conceptos actuales respecto de la transmisión de la vida, se deben a las ideas de Aristóteles cuya filosofía y biología han influido notablemente hasta nuestros días.

1. Teoría Biológica de Aristóteles sobre la Reproducción Humana.

Aristóteles observó que el "flujo menstrual"¹ femenino cesaba cuando la mujer se encontraba embarazada, observó además que una mujer no quedaba embarazada a menos que un hombre tuviera una relación sexual con ella, depositando semen en su vagina. Estos eran los únicos hechos

¹ Flujo de sangre, hemorragia. Violenta. García Pelayo, Ramón Pequeño Larousse. Ed. Larousse. México, 1989. p.479.

que se podían apreciar en esa época, puesto que no se conocía la existencia del óvulo, ni de los de los espermatozoides.

Según Aristóteles, la sangre de la madre es el material constitutivo del nuevo ser, mientras que el semen del padre, induce la forma, es decir le imprime vida. El flujo menstrual de la mujer tiene la potencialidad de convertirse en todas las partes del cuerpo humano cuando reacciona bajo el calor específico y la fuerza vital del "pneuma" ² del semen paterno. De esta forma el flujo menstrual comienza a vivir con un alma vegetativa desde el momento de su concepción.

Cuando el semen masculino se mezcla con el flujo menstrual, se forma el embrión, que puede ser comparado con una verdadera semilla o con un huevo, ya que el vientre de la madre sería la tierra y la sangre el abono, necesario para alimentar al embrión.

Aristóteles sitúa el momento de la concepción siete días después de que el semen se mezcló con el flujo menstrual ya que la sangre por la acción del semen, se convierte en un ser viviente cuando finaliza la primera semana. Señala además, que el aborto ocurre dentro de los primeros catorce días.

En sus trabajos embriológicos descubrió el *ponctum saliens* (primer signo del embrión) y el desarrollo inicial del corazón y los grandes vasos, fue el primero en observar los latidos cardíacos del embrión, así como algunas diferencias entre las arterias y las venas. Defendía que el feto no

² Aire, aliento o espíritu. El principio de la vida es el alma, mientras que la naturaleza de la vida, Aristóteles la considera esencialmente como calor, pero no el que proviene del elemento vago si no de categoría superior, que proviene del sol o de los astros. Lyons Alberto y Petrucelli Joseph. Historia de la medicina. Ediciones Dogma, S.A. Barcelona 1981 p.118.

respiraba, por si mismo durante su permanencia en el útero materno y que el embrión masculino y femenino no se desarrolla en compartimientos diferentes.³

En base a dichas observaciones, Aristóteles estableció la diferenciación entre el embrión masculino y femenino a los cuarenta días y noventa días, respectivamente puesto que para el día noventa, los genitales son ya aparentes. Esta es la razón por la que tradicionalmente se ha interpretado que Aristóteles situó el inicio del varón o la mujer en tales momentos, pero hay que recordar que para él un ser humano comienza a vivir desde el momento de la concepción la cuál ocurriría a la semana de la unión del semen con el flujo menstrual.

El crecimiento y desarrollo del embrión continúa gracias a la acción del pneuma, cuando los órganos básicos para la sensación están formados, surge el alma sensitiva, alrededor de los cuarenta días y en ese momento el embrión se convierte en feto que goza de vida animal. Con posterioridad por una misteriosa intervención divina, aparece el alma racional desde el exterior y convierte a este cuerpo viviente en un ser humano que goza de vida vegetativa, sensitiva y racional. Esta se conoce como de "animación retardada" o "animación sucesiva."

"Para Aristóteles, el hombre marca el grado supremo en la escala de los vivientes terrestres, sintetiza en si todas las perfecciones de principios, elementos, plantas y animales. Pero se distingue y los supera a todos por

³ Cfr. Lyons, Alberts y Petrucelli, Joseph. Historia de la Medicina Barcelona, Ediciones Dogma, S.A. Barcelona 1981 pp. 118 y ss.

su alma, que es una forma dotada de entendimiento y voluntad capaz de ciencia y deliberación."⁴

2. Teoría de Santo Tomás de Aquino sobre la reproducción humana

Santo Tomás de Aquino adopta básicamente los postulados de Aristóteles. Establece que el elemento germinal masculino es activo y el femenino es primordialmente pasivo antes de ser fecundado por el masculino, el elemento femenino proporciona la materia del embrión.

En virtud del principio activo existente en el semen, se produce en el engendrado el alma sensitiva, la cual actúa para el complemento del propio cuerpo por medio de nutrición y desarrollo.

Esta virtud activa estriba en el mismo espíritu vital sustentado en el semen y siguiendo a Aristóteles, explica que en dicho espíritu vital hay cierto calor, por aunarse en este espíritu la virtud del alma y la virtud celeste.

"El elemento activo produce sucesivamente las almas vegetativa y sensitiva, que van preparando la materia proporcionada por la madre a fin de disponerla para el advenimiento y unión del alma racional, que es creada totalmente y exclusivamente por Dios."⁵

4 Frayle, Guillermo. Historia de la Filosofía. 4a Edición. Madrid; biblioteca de autores cristianos, Edica S.A., 1976. Tomo I. p.448.

5 Luego no hay inconveniente en que la formación del cuerpo se haga por alguna virtud corporal, en tanto que el alma intelectual procede de "Dios". Ibid. pp. 118,1054.

El alma intelectual está dotada de un grado eminente de toda la virtud de las almas vegetativa y sensitiva, por lo que estas desaparecen al ser creada aquélla.

Santo Tomás de Aquino, en conclusión señala que el embrión humano posee desde el inicio un alma, aunque entiende está bajo la tesis de la animación retardada (primero vegetativa, después sensitiva y por último intelectual, siendo está creada directamente por Dios). El crecimiento y desarrollo del embrión se debe a este principio intrínseco a su ser.

"Afirmaron algunos que las operaciones vitales del embrión no proceden del alma del mismo sino del alma de la madre o de la virtud formativa que hay en el semen. Ninguna de estas dos explicaciones pueden admitirse, porque las operaciones vitales, como el sentir, nutrirse y desarrollarse, no pueden proceder de un principio intrínseco. Es preciso, por tanto, admitir que el alma preexiste en el embrión, primeramente como nutritiva, después como sensitiva y por último, como intelectual."⁶

Es importante observar que de lo anterior se desprende que el embrión humano desde su inicio es un organismo independiente de la madre y que sus operaciones vitales y de crecimiento se deben a su alma, que es el principio intrínseco que hace posible todo lo anterior. Los intervalos de la existencia formal de cada una de las almas (vegetativa, sensitiva e intelectual) no fueron separados por Aristóteles ni por Santo Tomás de

⁶ Ibid. pp. 8 y 1052

Aquino excepto lo que respecta a la animación racional, que suponía que el hombre a los cuarenta días y para la mujer a los noventa días a partir de la concepción.

"Al igual que Aristóteles, Santo Tomás usa la palabra alma en un sentido amplio, entendiendo por dicho concepto: el principio de las cosas vivas que se hayan entre nosotros."⁷

"Para Santo Tomás, el alma encuentra en la misma relación con el cuerpo que la forma con la materia. Así pues el alma humana es la forma del cuerpo humano."⁸

"Al decir que el alma es la forma del cuerpo, se refería a que es el alma la que hace del cuerpo un cuerpo humano, y que ambos cuerpo y alma son una sustancia. El ser humano no está compuesto de dos sustancias, el alma y el cuerpo, es una sola sustancia con la que pueden distinguirse dos factores componentes."⁹

Santo Tomás mantiene esta concepción de la unidad psicofísica del hombre y señala que el individuo humano es un ser de una naturaleza muy especial, situado en los confines de dos mundos, el espiritual y el sensible. Por razón de su cuerpo coincide con los seres materiales y pertenece al mundo sensible. Pero se distingue de todos ellos por su alma

⁷ Copleston Francisco. El pensamiento de Santo Tomás. México Fondo de Cultura Económica México, 1960 p 174.

⁸ Ibid p.175.

⁹ Cuando sentimos es el hombre entero el que siente, no el alma sola o el cuerpo solo. De manera semejante, cuando entendemos algo no podríamos hacerlo sin el alma, pero es el hombre entero el que entiende. Copleston Francisco. El pensamiento de Santo Tomás. Opa. Cit. p. 176

que es una forma de categoría superior, por lo cuál pertenece al mundo del espíritu.¹⁰

3. Teorías del siglo XVII sobre la reproducción humana.

Es hasta el siglo XVII, gracias a la revolución científica de la época, donde se da un cambio radical sobre las teorías de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino que estuvieron vigentes durante años.

A fines del siglo XVII, había dos interpretaciones diferentes respecto del origen del embrión: la teoría preformacionista y la teoría epigenética:

- a) La Teoría preformacionista que era la predominante, defendía que el individuo ya estaba formado en todas sus partes en el espermatozoide o en el óvulo, de lo que se deduce que el desarrollo embrionario no es más que una cuestión de crecimiento del feto hasta adquirir el tamaño de un recién nacido.
- b) La Teoría epigenética defendía que el organismo se origina a partir de una sustancia primitiva que va evolucionando en diversos estadios, con desarrollo gradual de las diferentes estructuras hasta alcanzar el estado propio del embrión maduro.

Después aparecieron dos corrientes dentro del preformacionismo: el ovismo, que sostenía que el óvulo contenía la totalidad del futuro organismo en un estado primordial de tal forma que el esperma únicamente actuaba como un estímulo para su crecimiento y el animalculismo o espermanismo que sostenía que el esperma contenía un

¹⁰ Cfr. Fraile, Guillermo. Op. Cit. T. II. (2) p. 126.

pequeño animal o un pequeño ser humano totalmente formado. En el caso de los humanos este diminuto individuo o llamado homúncelos, mismo que comenzaba a crecer cuando estuviera en contacto con el útero materno.¹¹

En el siglo XVII la teoría preformacionista encajaba mejor con los esquemas mecanismos de la ciencia porque podía explicar el proceso de maduración del nuevo organismo, la epigénesis en cambio exigía un cierto respaldo vitalista, para explicar los cambios, aparentemente oscuros, que permitían la constitución de una criatura organizada a partir, simplemente de la materia amorfa.

WILLIAM HARVEY, (1578-1657), defensor de la teoría epigenética, con base en observaciones hechas en venados, descubrió que los úteros de las hembras que habían sido fecundadas, no exista una masa coagulada de flujo menstrual que formara un huevo, tal y como lo pensaba Aristóteles, sugirió que debería existir una fuerza activa tanto del hombre como de la mujer en la procreación.¹²

Harvey rechazó la teoría de Aristóteles sobre la reproducción, sin poder ofrecer satisfactoriamente otra que la reemplazara. Sin embargo sus observaciones fueron muy importantes puesto que fueron las primeras que pusieron en duda el pensamiento Aristotélico principalmente lo que respecta a la animación sucesiva (vegetativa, animal y racional) del embrión.

¹¹ Cfr Harstoccke Niklass (1956-1725) mostró unos grabados que mostraban unos minúsculos hombres(homúnculo) preformados en los espermatozoides que habían examinado en el microscopio.

¹² Cfr. Lyons y Petrucelli. Op. Cit. p.432.

En 1620, TOMAS FEYENS propuso que el semen sólo requería de tres días para transformar la sangre para prepararla para recibir el alma racional. Este fue un cambio radical a la tradición iniciada por Aristóteles puesto que Feyens no necesitaba postular la animación sucesiva para explicar el desarrollo gradual de órganos y funciones.

Al tercer día según Feyens, el alma racional comenzaba a animar la masa amorfa de sangre para así desarrollar el cuerpo del embrión. Desde ese momento, el nuevo ser contaba con un alma racional, (no hasta el día cuarenta como pensaba Aristóteles), aunque la evidencia de las funciones racionales solo se podía percibir después del nacimiento, a la edad de dos o tres años; en el mismo ser viviente que se desarrolla continuamente desde el momento de la animación gracias al alma racional, a través del período completo de desarrollo fetal y gestación, hasta el nacimiento y la edad adulta.

En el año 1621, PAOLO ZACCHIAS, adoptó puntos de vista similares a los de Feyens, estableciendo que el alma racional era infundida desde el inicio de la concepción.

Gracias a las observaciones de Harvey y el rápido avance de la ciencia, se adelantó mucho en el campo de la embriología. En contraste con el pensamiento Aristotélico de que los "testículos femeninos" de los mamíferos no tenían ninguna importancia en la reproducción, el danés NIELS STENSEN, en 1697, concluyó que estos tenían óvulos.

Posteriormente, en 1677, ANTON VAN LEEUWENHOEK (1632-1723) observó los espermatozoides en el líquido seminal con ayuda de un

microscopio y surgió en 1683 que la vida comenzaba cuando un espermatozoide penetraba en el óvulo femenino.

Con el descubrimiento que tanto el óvulo como el espermatozoide tienen un papel activo en la reproducción humana, se dieron grandes avances respecto a la idea de la animación racional del embrión desde el momento mismo de la concepción. A pesar de estos muchos autores incluso modernos siguen en la línea marcada por Aristóteles la teoría de la animación sucesiva en el embrión humano.

Concluyendo con el desarrollo histórico aquí presentado, se puede decir que el pensamiento sobre la transmisión de la vida se ha debatido en dos posturas, las teorías que hablan de una animación sucesiva en el embrión es decir, que marcan una diferencia cualitativa en la esencia del embrión dependiendo de su estado de desarrollo y las que defienden que la animación racional del embrión ocurre desde el momento de la concepción, lo que significa que postulan que el embrión es una persona desde ese momento y lo continuará siendo a lo largo de todo su desarrollo y existencia.

Es muy importante señalar que todas las anteriores teorías tienen un punto de partida basado en los hechos observados sobre la reproducción humana, hechos que poco a poco se fueron apareciendo de forma sistemática y organizada para ir conformando un criterio científico. Se debe también mencionar que los pensadores nunca pusieron en duda que el embarazo tenía lugar mediante la unión sexual del hombre y la mujer, como lo manifestará en su época Aristóteles sino que tan sólo había controversia acerca de la intervención de las células germinales.

B. LA TRANSMISIÓN DE LA VIDA A LA LUZ DE LA BIOLOGÍA ACTUAL.

La biología moderna enseña que la vida comienza para cada uno de nosotros en un instante desconocido que no se siente ni se honra, en el que un diminuto espermatozoide que serpentea se introduce de cabeza en un óvulo maduro.

"En esencia, se da inicio a una nueva vida a partir de una sola célula, el óvulo fecundado cigoto (huevo resultante de la unión de los gametos o células sexuales). Como su nombre lo indica, el cigoto tiene un origen dual de dos gametos un espermatozoide del padre y un óvulo de la madre."¹³

Por lo que antes de entrar al estudio del inicio de la vida es importante conocer el papel que juegan los órganos sexuales del hombre y la mujer en la reproducción humana.

En la reproducción humana, la mujer desempeña un papel prolongado y fascinante, aporta el óvulo o huevo que al ser fecundado da origen a una nueva vida, y además de resguardar en su cuerpo al feto durante su desarrollo le proporciona el alimento y el oxígeno que necesita para completar su evolución y convertirse en un pequeño ser. El papel del hombre en este proceso tal vez parezca menos importante que el de su compañera, se reduce simplemente a generar los espermatozoides, y hacerlos llegar al cérvix o cuello del útero, en el interior de la vagina, proceso cuya parte final requiere sólo muy pocos momentos. Sin embargo

¹³ Demarest, Robert. Tr. Isidoro Geistein. Concepción, Nacimiento Y Anticoncepción. 4a. ed. México, Libros McGraw 1989. pp. 14 y ss.

sin espermatozoides no puede haber fecundación, condición absolutamente indispensable para crear una nueva vida ¹⁴.

La biología actual nos marca la importancia en la reproducción humana del aparato reproductor masculino y femenino ya que en todos los órdenes de la naturaleza, la estructura de un órgano humano y su función deben estar siempre en perfecta armonía.

"No es una excepción a este principio el aparato reproductor masculino. Ubicado en su mayor parte a la salida de la pelvis, en la zona denominada perineo (parte inferior de la pelvis), su disposición fuera del contorno principal del cuerpo es comprensible, si se tiene en cuenta que una óptima generación de espermatozoides requiere temperaturas más bajas que las que reinan en el interior del organismo, los testículos, o glándulas genitales masculinas, son dos órganos de estructura pareja, ovalados y ligeramente aplanados, de unos cuatro centímetros de largo cada uno, están contenidos en el escroto, formado por los sacos escrotales, especie de bolsas de piel, que junto con el pene, integran los órganos genitales externos, o sea la parte visible de aparato reproductor masculino."¹⁵

Junto a cada testículo se encuentra un órgano alargado, el "epidídimo"¹⁶, al que llegan los espermatozoides a través de una serie de conductos, para atravesar por la última fase de maduración que se prolonga unas cuantas horas.

¹⁴ Loc. Cit.

¹⁵ Demarest, Robert. Tr. Geistein Isidoro. Op. Cit. p.26.

¹⁶ Órgano alargado situado sobre el borde posterior superior de cada testículo, donde maduran y se depositan los espermatozoides. Damarest Robert. Op. Cit. p 26.

A cada epididimo se encuentra ligado un "conducto deferente"¹⁷ que, junto con los vasos sanguíneos y otros tejidos que lo rodean, se denomina cordón espermático.

Desde cada testículo estos conductos ascienden luego hasta la porción pública de la pelvis y llegan a la cavidad pelviana donde los dos cordones se unen y forman, adosados unas estructuras tubulares de aproximadamente dos centímetros y medio de largo, denominadas conductos eyaculadores que conectan directamente con la uretra cerca del cuello de la vejiga. La uretra o conducto urinario es un tubo en forma de S de unos 20 centímetros, que se extienden en la parte interior y a todo lo largo del pene y cuya función es conducir y expeler los espermatozoides en el proceso de eyaculación.

Para que los espermatozoides lleguen al cuello del útero, el pene sufre una erección, y puede introducirse en la vagina y arrojar el semen con su carga de espermatozoides en lo más profundo del aparato reproductor femenino, lo cual se puede sustituir al introducir el semen en la vagina, por medio de cualquier técnica de inseminación artificial que hoy en día son una realidad.

Mientras el pene se encuentra en erección, tiene lugar la emisión de los espermatozoides, la descarga del semen que los contiene a través de la uretra y que se produce en el momento del orgasmo masculino.

Antes de que ésta se concrete los espermatozoides deben de desplazarse desde el epididimio, donde están, a lo largo del conducto

¹⁷ conducto corto y de gruesas paredes dispuesto entre el epididimio y la uretra. Damarest Robert. Op. Cit. p 26.

deferente primero y de los eyaculadores después, para llegar a la uretra, con esto el hombre ha completado su tarea en el fenómeno de la reproducción.

Tal y como ocurre con el hombre, el cuerpo de la mujer está preparado para desempeñar eficazmente las funciones que le han sido designadas en la reproducción.

Su aparato reproductor está compuesto por órganos internos y externos, siendo los más importantes los que se encuentran ubicados en el interior del cuerpo. Los órganos genitales externos y las mamas son sólo de secundaria importancia en la reproducción.

El papel principal en la reproducción lo desempeñan los órganos reproductores internos de la mujer, ubicados en la parte pelviana de la cavidad abdominal, en la región pelviana de la mujer se encuentran la "vagina"¹⁸, el "útero"¹⁹, las dos "trompas de falopio"²⁰ y los dos "ovarios"²¹.

El proceso de ovulación, es de gran transcendencia en el ciclo reproductivo de la mujer, En virtud de que en los ovarios se encuentran distribuidos grupos de células llamados folículos, dentro de cada uno de los cuales hay un óvulo inmaduro. Cuando uno de estos folículos

18 Es el órgano encargado de recibir el semen en el momento del coito.

19 Órgano muscular de la mujer destinado a albergar el feto, conocido también como matriz

20 Constituyen un par de conductos tendidos entre los ovarios y el útero. Mes tras mes, una de las trompas recorre un óvulo liberado por el ovario respectivo (ovulación) y lo transporta hacia el útero.

21 Glándulas femeninas que producen óvulos y hormonas.

madura, aumenta de tamaño y emerge a través de la superficie del ovario. Cada veintiocho días un folículo madura, sale y deja salir un óvulo.

En tanto que en el hombre siempre hay espermatozoides disponibles para la fecundación, el período en que una mujer puede ser fecundable es cíclico, se presenta una vez cada veintiocho días, prolongándose sólo por algunas horas. Durante la ovulación, el extremo de la trompa de falopio más próximo al ovario rodea la mayor parte de éste y su folículo desde el cual, una vez liberado, el óvulo correspondiente pasa a dicha trompa, que habrá de transportarlo al útero. El óvulo no es capaz de moverse por sí mismo, sino que es trasladado por la acción de las células alineadas en el interior de la trompa y por la contracción de las fibras musculares que forman parte de sus paredes.

La distancia desde el ovario al útero es de diez centímetros y es sólo durante este recorrido, que requiere varios días, cuando el óvulo puede ser fecundado por los espermatozoides que ascienden por la trompa y se encuentran con él.

Apenas visible a simple vista, el óvulo maduro, es dos mil veces más grande que el espermatozoide que puede fecundarlo, debido en parte que incluye el alimento que deberá consumir el embrión en desarrollo durante sus primeros días de vida.

El óvulo desciende lentamente por la trompa en tanto que los espermatozoides trepan ágilmente por ella para encontrarlo. Casi siempre la fecundación tiene lugar en la porción media de la trompa y sólo uno de los millares de espermatozoides presentes cumple ese cometido.

Una vez fecundado, en la trompa de falopio, el óvulo continúa descendiendo lentamente por esa vía hacia el útero.

Toda vez que se ha realizado un breve ensayo acerca de la trascendencia de los órganos reproductores del hombre y su función dentro de la reproducción humana, es necesario determinar el inicio de la vida humana a la luz de la biología moderna.

La biología contemporánea enseña que la reproducción humana se efectúa sexualmente por la unión de un óvulo y un espermatozoide. El semen depositado en la vagina ya sea por medios naturales o artificiales se desliza y llega al útero. "La mayor parte de los espermatozoides se pierden en la travesía, pero algunos llegan a través de las trompas de falopio, en donde nadan contra corriente que a la vez arrastra al óvulo hacia el encuentro de los espermatozoides."²²

Sólo un espermatozoide llega a fecundar al óvulo, cuando esto ocurre, se produce cierto cambio en la capa superficial del óvulo que impide la entrada de otro espermatozoide y con un patrimonio genético que lo distingue de cualquier otra vida humana.

El espermatozoide y el óvulo, sólo contienen la mitad de los cromosomas humanos (46 cromosomas), es decir cada uno de los gametos sólo poseen (23 cromosomas).

En el momento que el espermatozoide penetra en el óvulo, pierde su cola, se hincha su cabeza formando el pronúcleo masculino y el núcleo del

²² Villee, Claude A. Biología. 6a ed. México. Nueva Editorial Interamericana, S.A. 1981 p.527.

óvulo se convierte en el pronúcleo femenino. La fusión del pronúcleo masculino "haploide"²³, con el pronúcleo femenino haploide; forma el núcleo del óvulo fecundado o "cigoto"²⁴ y restaura el núcleo "diploide"²⁵ de cromosomas.

De lo anterior concluye el inicio de una nueva vida humana, se encuentra en el momento de la fecundación,²⁶ es decir en el momento de la fusión de los gametos o células reproductoras humanas; una de origen materna, el óvulo y la otra de origen paterno, el espermatozoide. El óvulo fecundado por la penetración de un espermatozoide y por la fusión de sus respectivas estructuras que contienen los cromosomas, a las que se llaman pronúcleos.

Entre la penetración del espermatozoide al óvulo y la unión de sus pronúcleos, puede pasar varias horas, pero es evidente que desde este momento una nueva vida humana tiene inicio, y por lo tanto comienza la existencia de una nueva persona humana.

Los avances científicos, muestran hoy en día que no es necesario que medie una relación sexual entre un hombre y una mujer, para que se

²³ Que tiene una sola serie de cromosomas. Damarest. Robert. Tr. Gelstein Isidoro. Op. Cit. 129.

²⁴ Cigoto es el embrión humano en su primerísimo estadio de vida, con un patrimonio genético único e irreplicable, resultante de la fusión de los gametos masculino y femenino; el embrión es el producto de la concepción desde el momento de la fecundación hasta el fin del tercer mes de gestación. Feto es el producto de la concepción desde el tercer mes de gestación hasta el parto. Damarest Robert. Tr. Gelstein. Isidoro. Op. Cit. 129.

²⁵ Que tiene dos series de cromosomas. Villae. Op. Cit. p.528.

²⁶ La fertilización o fecundación, se ha definido de diversas maneras: a) como el momento en que el espermatozoide penetra al óvulo. b) como el momento en que los pronúcleos del espermatozoide y el óvulo se unen. c) Como un proceso que inicia con la penetración del espermatozoide en el óvulo y termina con la unión de los cromosomas paternos. Villae. Op. Cit. p. 529.

pueda dar inicio a un nuevo ser, dando a conocer al mundo entero una serie de técnicas que han combatido esta única creencia. Estas técnicas permiten a través de medios artificiales la unión del espermatozoide y el óvulo, que desde el momento de la unión dan origen a un individuo dotado de vida propia, con una identidad específica, conferida por un único principio que como programa ya es completo, suficiente e individualizado.

"Los datos proporcionados por la ciencia aseguran que el embrión humano, aún en sus estadios más precoces es un individuo de la especie humana diverso de sus padres."²⁷ El embrión posee su identidad individual perfectamente reconocida desde el punto de vista genético como desde el punto de vista somático. Posee además una historia individual guiada por el programa genotípico, en cuyo despliegue no se producen saltos cuantitativos ni cualitativos.

La ciencia moderna demuestra que el embrión no es una cosa, ni tampoco parte del organismo materno, sino que es un nuevo individuo de la especie humana en un estadio precoz de desarrollo vital.

Es claro como desde el momento de la fecundación surge una nueva vida humana que se desarrolla según su ciclo o curva vital.

²⁷ Villae. Op. Cit. p. 529.

CAPITULO II.

EL DERECHO Y SU ÁMBITO PERSONAL DE APLICACIÓN.

¿De donde nace la idea de Derecho? hay quienes consideran que nace de Dios, otros afirman que nace de la misma naturaleza racional del hombre, también existen los que afirman que nace de la simple voluntad del legislador. Independientemente de que se adopte una de estas posturas u otras diferentes, debemos preguntarnos ¿Porqué nace el Derecho?. La respuesta obligada es que nace de la necesidad de la convivencia humana. Así entendido el Derecho éste será un conjunto de normas de conducta que tiene por objeto regir la actividad humana con la finalidad de lograr la convivencia en sociedad, lo anterior debido a que el hombre es un ser social, un ser por naturaleza gregario. Si no tuviera ésta característica, no sería necesario regular su conducta, ningún objeto tendría regir a un ermitaño sea cual fuera su actividad no podría beneficiar ni perjudicar a nadie. Pero vemos que sucede si ponemos a este hombre en relación con otro, entonces su libertad absoluta deberá restringirse en aras de respetar el derecho de otro y así como logra la convivencia pacífica de ambos. Es así como nacen las normas de conducta y el conjunto de normas de conducta constituyen el derecho.

A. PERSONA.

El concepto de persona es el presupuesto fundamental de la ciencia jurídica, sería absurdo hablar de derecho sin un titular del mismo y el titular de todo el derecho es el ser humano, la persona.

Para que la ciencia pueda establecer quienes son los titulares de los derechos y obligaciones es necesario determinar en primer lugar cual es el concepto de persona, a quien considera el derecho como persona y en base en que.

Este concepto de persona no se puede establecer arbitrariamente, es decir necesita de la ayuda de otras ciencias, como son la filosofía y la ética, para de esta forma dar un concepto adecuado de la realidad humana.

Es pues indispensable formular un concepto de persona en torno al cual la ciencia jurídica estructure derechos y obligaciones.

1. Origen del término persona.

"No obstante las investigaciones glosológicas hechas hasta ahora; la palabra es aún bastante oscura, y lo más probable es la derivación que de ella hace Aulo Celio de personare. Ciertamente entre los latinos el sentido originario de persona fue la máscara, *larga histrionalis*, que era una careta que cubría la faz del actor cuando recitaba una escena, con el fin de hacer su voz vibrante y sonora y poco después la palabra pasó a significar el mismo autor enmascarado, el personaje; así, en la portada de las comedias de Plauto y Terencio se lee la lista de las *Personae*. También en el lenguaje teatral se usaban las expresiones *personam gerere*, *agere*, *sustinere*, en el sentido de sostener en el drama las partes de alguno, de representar a alguno. Ahora bien, este lenguaje escénico se introdujo a la vida y como el actor que en el drama representaba la parte de alguno, también del que en la vida representaba alguna función, se

decía: *gerit personam* (principis, consulis, etc.). Persona quiere decir aquí posición, función, cualidad.

Por un ulterior desarrollo lingüístico pasó luego a denotar al hombre, en cuanto reviste aquel *statutus*, aquella determinada cualidad, y así se habla de persona *consulis*, de persona *sucintos*. Pero en estas formas de unión persona va perdiendo gradualmente su significado, y se reduce a un simple sufijo estilístico, un rudimento sin contenido; así se llega a ver en persona la indicación de género, cuyo genitivo formaba la especie, y está indicación genérica no podía ser otra que la de hombre. De este modo persona termina por indicar independientemente al individuo humano, y este es el significado que se hace más común y persiste hasta hoy."²⁸

2. Concepto filosófico de persona.

En la filosofía antigua sobre todo en la medieval se empleó el concepto de persona para designar al ser racional como individuo consciente, con vistas a aplicarlo fundamentalmente al hombre, aunque se usase también con relación a Dios y a los ángeles. Se definía la persona como una "substancia indivisa de naturaleza racional" o como "aquello que es uno por si" o como "el individuo de naturaleza racional". Ahora bien nótese que esas definiciones tratan de exponer la persona -en tanto que lo propio del ser humano- como una cosa, que se diferencia de las demás cosas en virtud de concurrir en ella unas especiales características (indivisibilidad, racionalidad albedrío); pero en definitiva una cosa, uno de tantos entes en el mundo, distinto de los demás por unas peculiaridades dimensiones:

²⁸ García Maynez, Eduardo. Introducción al estudio del derecho, 4a. ed. México, Editorial Porrúa; 1989 p.217 y ss.

sería una substancia (por lo tanto como las otras substancias), pero indivisible, con racionalidad y con albedrío, es decir se inserta la persona como un ser entre los demás seres, que si bien tiene notas privativas que lo distinguen de los otros seres, tiene también dimensiones comunes con estos.²⁹

3. Desde el punto de vista ético o moral.

El hombre es capaz de proponerse fines y realizarlos, tiene inteligencia y voluntad para decidir el camino a su conducta, por eso es persona. Si está realiza actos que están de acuerdo a su naturaleza racional, se perfecciona, en cambio si realiza actos contrarios a ella, se degrada. Estos actos serán buenos o malos respectivamente y la persona es libre de realizarlos o no porque se dice que es sensible al valor y sensible al deber. Tiene libertad para elegir, el camino que le plazca y es precisamente esa libertad la que le va a dar el valor moral a su actividad. Si la persona no tiene libertad, no tiene ninguna relevancia su actividad.

La persona es el hombre inteligente y libre, puede proponerse fines y realizarlos, es responsable de sus acciones por lo que es imputable.

"Kant apunta la idea de que no es posible definir la persona, como no nos coloquemos en el plano de la Ética; es decir, que a la persona no se le entiende examinándola a su ser, sino dándonos cuenta de que entraña una idea ética. Y así dice que persona es "libertad en independencia del mecanismo de toda

²⁹ Cfr. Domínguez, Jorge Alfredo, Derecho Civil. 2 ed., Editorial Porrúa S.A. México, 1990. p.39.

*naturaleza" que en los seres racionales se llaman personas en tanto que constituyen un fin en sí mismo, un autofin, es decir, algo que no debe ser empleado como un mero medio, algo que por consiguiente (por virtud de esa idea ética), encierra albedrío: y la persona es un ser enteramente diverso de las cosas, diverso, por su rango y dignidad..., la persona se define atendiendo no sólo a la especial dimensión de un ser (v.g. la racionalidad, la indivisibilidad etc.), y subrayando que persona es aquel ente que tiene un fin propio que cumplir y que debe cumplirlo por propia determinación; aquel ser que tiene su fin en sí mismo, y que, precisamente por esto, posee dignidad, a diferencia de todos los demás seres, de las cosas que tienen, su fin fuera de sí, que sirven como meros medios para fines ajenos y que, por tanto, tienen precio la persona es lo único que no tiene valor solamente relativo, (que es lo propio de todas las cosas), sino que tiene un valor en sí misma (dignidad)."*³⁰

B. LA PERSONA JURÍDICA.

El vocablo "persona", en su aceptación común, denota al ser humano, es decir, tiene igual connotación que la palabra "hombre", que significa individuo de la especie humana de cualquier edad o sexo.

³⁰ Magallán, Raúl El hombre y la personalidad. 2a ed., España. Aries 1987 P. 29.

"No obstante que la palabra "persona" Y "hombre", designan a los seres humanos, su connotación ofrece una diferencia; en tanto que en la substancia "hombre" propiamente se particulariza la especie en un individuo determinado como perteneciente a la humanidad, con la voz "persona", se quiere decir algo más se apunta en manera más clara y con mayor énfasis a la dignidad del ser humano, porque elude implícitamente al hombre en cuanto está dotado de libertad para proponerse así mismo fines y para decidir la dirección de su conducta, en vista a la realización de tales fines; en suma como un ser responsable ante sí mismo y ante los demás, de su propia conducta, loable o vituperable."³¹

El Derecho no toma al ser humano, para calificarlo como persona, en toda la amplísima y variada gama de los fines íntimos, religiosos, éticos, sociales, políticos etc. que el ser humano puede proponerse durante su existencia.

Al Derecho sólo le interesa una porción de la conducta del hombre, aquélla parte de la conducta que el Derecho toma en cuenta, para derivar de ella consecuencias jurídicas. En este sentido se dice que es persona, el sujeto de derechos y obligaciones.

"El concepto jurídico "persona" en cuanto sujeto de la relación, es una noción de la técnica jurídica; pero su constitución obedece a una necesidad lógico formal y a la vez una exigencia imperiosa de la vida del hombre que vive en relación con sus semejantes. En la medida en que esas relaciones humanas interesan al derecho, la persona humana se convierte en persona en el mundo de lo jurídico, como sujeto de derecho

³¹ García Maynez, Eduardo. Op. Cit. p.275.

y obligaciones. El derecho ha constituido un instrumento conceptual que se expensa con la palabra "persona", instrumento creado en función del ser humano para realizar en el ámbito de lo jurídico aquella porción de fines de existencia que el derecho se ha encargado de proteger, a través del ordenamiento jurídico."³²

En así que podemos concluir que en lenguaje común los términos de persona y hombre se confunden se utiliza como sinónimo, sin embargo en el lenguaje jurídico, se distingue claramente. Así tenemos que el concepto de "hombre" no es propio de Derecho, por eso lo distinguimos de persona, concepto que si es jurídico, entendida está como sujeto de derechos y obligaciones.

1. La personalidad jurídica.

"La personalidad es la aptitud para ser sujeto de situaciones y relaciones jurídicas, aptitud que respecto a las personas físicas se entiende por el simple hecho de tratarse de un ser humano con su desplazamiento desde su concepción hasta su muerte."³³

El derecho a consecuencia de la naturaleza intrínseca del hombre, como un ser dotado de inteligencia, de libertad y de responsabilidades, reconoce a la persona humana, como una realidad que viene impuesta al ordenamiento jurídico. "El concepto de personalidad íntimamente ligado al de persona, no se confunde sin embargo con ésta; por que la

³² , Galindo Garfías, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso Parte General Personas y Familia. (Undécima de. Porrúa, S.A. México, 1991. pp. 301 y ss.

³³ Ibid. p. 165.

personalidad es una manifestación, una proyección del ser en el mundo objetivo.”³⁴

De la misma manera, en el aspecto jurídico, la persona participa en las relaciones creándolas o exigiéndolas, suprimiendo esas relaciones jurídicas, o sufriendo las consecuencias de la violación a un deber jurídico, como sujeto activo a pasivo, de un determinado vínculo de derecho.

2. La capacidad jurídica.

Por capacidad en general entendamos la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros y de contraer y cumplir las segundas en forma personal y comparecer en juicio por derecho propio.

*“La capacidad, se encuentra implícito en toda persona física que, por definición esencial, es sujeto de derechos y obligaciones, es el titular natural de la facultad de pedir encontrando su fundamento legal en el artículo 22 del Código Civil que a la letra dice. La capacidad jurídica de las personas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte...”*³⁵

³⁴ Ibid. p. 178.

³⁵ Diccionario Jurídico. Instituto de Investigaciones Jurídicas. ed. UNAM. México, 1991. p. 89.

2.1. La capacidad de goce.

La capacidad de goce es la aptitud del sujeto para ser el titular de derechos y obligaciones. Esta la tiene el ser humano desde su concepción por el mero hecho de serlo, es decir, es consubstancial al hombre: no puede concebirse la personalidad jurídica sin la capacidad de goce.

"Según el principio general el ser humano por naturaleza y hasta por esencia, tiene desde su concepción aún cuando sea un mínimo de capacidad de goce, lo que a su vez implica su personalidad, esto en virtud de que la capacidad de goce establece diversos grados, por razones de edad, nacionalidad, salud o enajenación mental."³⁶

2.2. La capacidad de ejercicio.

La capacidad en general decíamos, abarca la de goce y la de ejercicio. Apuntábamos también que la capacidad como género, es la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, ejercitar los primeros y contraer y cumplir las segundas en forma personal y comparecer en juicio por derecho propio. Asimismo, al referimos específicamente a la capacidad de goce, comentábamos que se trata de la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones. Pues bien, de ello podemos desprender que la capacidad de ejercicio, como parte complementaria de la capacidad en general, es la aptitud del sujeto para ejercitar derechos, contraer y cumplir obligaciones, personalmente y para comparecer en

³⁶ Domínguez, Martínez. Op. Cit. p.173.

juicio por derecho propio, se adquiere con la mayoría de edad y se pierde junto con las facultades mentales o por la muerte.³⁷

El artículo 24 del Código Civil señala. "El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que señala la ley..."

Rojina Villegas señala, "La capacidad de ejercicio, es la aptitud de participar directamente en la vida jurídica, es decir, de hacerlo personalmente."³⁸

La Jurisprudencia señala:

LA CAPACIDAD DE GOCE Y DE EJERCICIO.- La primera es la cualidad del sujeto de derechos y obligaciones y la tienen todos los seres humanos y la segunda es la posibilidad de efectuar manifestaciones de voluntad jurídicamente eficaces, la capacidad de goce constituye la regla general, y por excepción hay casos de incapacidad, como son la menor edad y la interdicción.

PRECEDENTES

Bravo Vda. de Bonilla Magdalena, pág. 4865. Tomo LXXXI. 31 de Agosto de 1944. 5 votos. pág. 2114.

Es importante señalar las diferencias que existen entre la personalidad y la capacidad jurídica.

³⁷ Cfr. Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit. p.177

³⁸ Citado por Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit. 178.

Desde el punto de vista social, no todo hombre en cada aspecto de su individualidad física o su vida moral, viene a ser considerado por el Derecho pero no impide afirmar que todo hombre es persona y posee personalidad jurídica, aunque no siempre tenga la misma capacidad jurídica.

El hombre, como persona, además de ser sujeto activo del Derecho es también su destinatario. En este sentido el mundo jurídico moderno esta basado en dos principios a saber:

1. Cada ser humano posee en cuanto a tal, personalidad jurídica.
2. Todos los seres humanos poseen en teoría la misma personalidad jurídica.³⁹

En el ordenamiento jurídico, el ser persona tiene como predicado constante, el ser sujeto de derechos. "Esta subjetividad de la persona humana, impide que pueda ser considerada y tratada como un objeto."⁴⁰

"Actualmente, las Constituciones de algunos países reconocen a la persona algunos valores perennes e indiscutibles. El ordenamiento jurídico ha sido constituido para afirmarlos y potenciarlos y no para crearlos."⁴¹

³⁹ Tabuchi, Alberto. *Instituzioni de Diritto Civile Milano*. 1986. p65.

⁴⁰ Cfr. Ondei *La persona fisica e i diritti de la personalita*, Torino, Utet, 1965. p.91.

⁴¹ Tabuchi : *Op. Cit.* p.66.

La distinción entre persona como realidad existente y la personalidad como manifestación de la esencia de aquella, permite utilizar este término en sentido especialmente jurídico.

La personalidad jurídica es:

" La cualidad jurídica de ser titular y perteneciente a la comunidad jurídica, que corresponde al hombre (como tal) y que se reconoce y concede (translativamente) a ciertas organizaciones humanas."⁴²

La personalidad jurídica significa ser sujeto de derechos y expresa, en principio una aptitud a ser titular de cualquier situación de derecho o deber jurídico.

"Personalidad en sentido jurídico es la aptitud reconocida por la ley a ser sujeto de derechos y deberes, como presupuesto de la concreta titularidad de las relaciones".⁴³

La anterior definición exige mencionar la sutil distinción que existe entre la personalidad y la capacidad jurídica.

Personalidad (como sinónimo de subjetividad) es la idoneidad abstracta a ser titular de relaciones; es la titularidad en potencia de una serie indeterminada de relaciones. Capacidad jurídica es la medida de tal idoneidad, que define los contornos de la personalidad (por ejemplo la

⁴² De Castro, Federico Op. Cit. p.32.

⁴³ De Castro, Federico. Derecho Civil de España. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 1952, Tomo II, parte primera, p. 31.

capacidad jurídica de los entes morales es más limitada que la de las personas físicas).⁴⁴

Esta distinción nos permite entender como dos sujetos, teniendo la misma personalidad jurídica, pueden tener distinta capacidad jurídica (piénsese en el caso del menor de edad y del adulto). Es por esto, que la situación de la capacidad jurídica, como delimitación concreta de la personalidad, designa la posición general del sujeto en cuanto destinatario de efectos jurídicos.

La personalidad es una mera posibilidad abstracta para actuar como sujeto activo o pasivo en la infinita gama de las relaciones jurídicas que puedan presentarse, la capacidad alude a situaciones concretas de tal manera que sin mengua de su personalidad, una persona pueda carecer de capacidad para determinado acto.

La capacidad jurídica es la concreta posibilidad de ser sujeto de éste o de aquel derecho, de ésta o de aquella relación, y se podría identificar mayor con la titularidad, de esta o de aquella relación o sea, con aquella actuación concreta de las normas en vista de hechos o situaciones que el ordenamiento jurídico toma en consideración y por lo tanto a la persona, ya presupuesta, en su subjetividad, como destinataria virtual se le reconoce bienes específicos que le son jurídicamente debidos y garantizados, así como particulares deberes, facultades o poderes.⁴⁵

La capacidad jurídica se divide en capacidad de goce y capacidad de ejercicio la capacidad de goce es un concepto estático, que se refiere a

⁴⁴ Cfr. Tabuchi, Alberto. Op Cit. p.86.

⁴⁵ Cfr. Ondei. Op. Cit. p. 13.

las expectativas de atribuciones jurídicas o de derechos subjetivos. Esta capacidad, como expectativa de un bien o de un valor está tutelada jurídicamente. La capacidad de ejercicio es un concepto dinámico, puesto que se refiere al ejercicio, por parte del mismo sujeto, de determinados actos jurídicos, o cuando hace valer sus intereses respecto a otros sujetos.⁴⁶

De forma resumida se puede decir que la capacidad de goce es la aptitud de ser titular de un derecho. Esta noción se identifica en el fondo con la noción de personalidad. La capacidad de ejercicio es la aptitud de la persona para adquirir y para ejercer derechos por sí mismo.

Es importante señalar en el presente trabajo y con el fin de reconocer la importancia de la protección que debe dar nuestro Derecho Positivo al ser humano, desde el inicio de su existencia, avocarnos al estudio de las diversas teorías que tratan de dar respuesta al inicio de la personalidad jurídica.

Teorías sobre el inicio de la personalidad jurídica.

“La mayoría de las legislaciones civiles actuales, (Ecuador, Art. 60. República de Chile, Art. 74. Perú, Art. 1o.), admiten el principio clásico de que la personalidad jurídica física empieza con el nacimiento y termina con la muerte, aunque también existen algunas legislaciones progresistas que reconocen el inicio de la personalidad en el momento de la concepción (Argentina Art. 70 y España Art. 22). Desgraciadamente, la mentalidad que va en contra de la vida se aprovecha de la legislación

⁴⁶ Cfr. Bonnecase. Elementos de Derecho Civil. Puebla; M. Cajica. Jr., 1945 pp. 337 y 378.

común, para despojar al embrión humano de cualquier derecho, abusando ilimitadamente de él."⁴⁷

Nuestra legislación civil y penal, le reconoce derechos al embrión, de carácter patrimonial y principalmente aquellos respecto a su integridad física. Esta situación que parece contradictoria (puesto que reconoce derechos a alguien que según el derecho carece de personalidad puesto que no ha nacido) obliga a los estudiosos a analizar y a criticar la cuestión de la personalidad jurídica del concebido.⁴⁸

Teorías que sostienen que la personalidad inicia con la concepción.

Esta teoría argumenta que la concepción y no el nacimiento determina la personalidad y que el feto (intra-uterino) es ya, por sí persona. Los seguidores de esta doctrina señalan que el nacimiento, no origina la capacidad, ésta comienza con la vida intrauterina; el hecho del nacimiento, sería solo una modificación de la capacidad legal. Los derechos serán adquiridos normalmente por el concebido desde el momento de la concepción, pero con la particularidad de estar sometidos a la condición resolutoria del no nacer con los requisitos legales.

"El concebido tiene una capacidad relativa condicionada, y por el nacimiento se concede al individuo un derecho absoluto, incondicionado y amplísimo."⁴⁹

47 Zarraluchi, Luis. Procreación asistida y derechos fundamentales. (Madrid. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1988 p. 111.

48 En nuestro derecho positivo, se protege los bienes patrimoniales del concebido, (Arts. 1313 y 1314 del Código Civil) e integridad física (Art. 329 Del Código Penal.)

49 De Castro, Federico, Op. Cit. p.32.

Federico De Castro al criticar esta teoría, afirma que llevar el comienzo de la personalidad al momento de la concepción sería destruir el concepto jurídico de la persona, el embrión ni jurídica ni filosóficamente hay por que considerarlo persona, su protección jurídica penal y civil, directa y e indirectamente, está suficientemente garantizada y justifica como esperanza de persona.⁵⁰

Contrariamente a la crítica que tan ilustre jurista hace a esta primera teoría, un importante grupo de autores dentro de la doctrina jurídica moderna, en base principalmente a los conocimientos de la biología actual y arraigados a una sólida filosofía, se dirige a afirmar que la personalidad jurídica comienza al momento mismo de la concepción.

Como ejemplo de esta posición, podemos citar a ALBERTO TABUCHI, quien después de mencionar que existe la exigencia ideal de otorgar las fronteras de defensa de la vida humana del nacimiento a la concepción, escribe lo siguiente.

La rigidez de la concepción legislativa que hace coincidir con el nacimiento el reconocimiento de la personalidad está en contraste por la moderna visión realista del biólogo que ve unitariamente la formación del nuevo hombre de la concepción, al momento de alcanzar la independencia de vida que el nacido puede conseguir después de algunos meses. El nacimiento representaría una fase, también muy importante, pero no esencial, de tal maduración; el feto no es cualitativamente diferente del recién nacido, mientras que ni siquiera a

⁵⁰ Cfr. Loc. Cit.

este último se podría atribuir la calificación de persona si a la misma se quiere hacer corresponder una individualidad definida y autónoma.⁵¹

RAFAEL ROJINA VILLEGAS, después de señalar que en el derecho moderno se consagra el principio que todo hombre es persona, escribe que " La capacidad de goce se atribuye también antes de la existencia orgánica independiente del ser humano ya concebido quedando su personalidad destruida si no nace viable."⁵²

Este autor reconoce que el embrión humano tiene personalidad antes de nacer, para ciertas consecuencias de derecho (principalmente capacidad para heredar, para recibir legados y para recibir en donación), y sostiene esta tesis " a sabiendas de que nos ponemos en contradicción con toda la doctrina."⁵³

SANTOS SIFUENTES, al hablar del reconocimiento al nacidurus propone el siguiente razonamiento " eres persona porque te doy derechos, tienes vida, los ejerces por representación y te protejo a ti y a los derechos, física y jurídicamente, pero si naces sin vida es como si nunca hubieras tenido tales bienes patrimoniales sin dejar de haber sido persona, porque te protegí la vida, la considere tu derecho personalísimo, una adquisición tuya, es principalmente tuya, sin confundir con tu madre individualmente tuya."⁵⁴

51 CÉF. Chávez, Asencio Manuel F, La familia en el Derecho. Relaciones Paterno Filiales, editorial Porrúa S.A. México. 1989 p. 57.

52 Rojina Villegas, Rafael Derecho Civil Mexicano 3a, ed. Porrúa, S.A. México. 1986. Tomo Y, p.32.

53 Ibid. p.433.

54 Ibid. p. 435.

En nuestro derecho podemos aceptar que la personalidad se inicia con la concepción. Esta afirmación se basa en el Art. 22 de nuestro Código Civil, primera parte establece lo que parece evidente, que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, sin embargo, el mismo artículo agrega, "pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para todos los efectos declarados en el presente Código". Esta conjunción "pero", indica que se amplía el concepto de personalidad al concebido lo que se robustece con los Arts. 1313 Fracc. I y 1314 del Código Civil. El primero de los citados artículos señala que la falta de personalidad es un impedimento y quien lo padece no tiene capacidad para heredar; el siguiente señala que son incapaces para adquirir por testamento o intestado, a causa de falta de personalidad los que nos estén concebidos.

Teoría de la "personalidad o capacidad especial" del concebido.

El punto de partida de esta teoría es que el concebido aún no es persona, pero si éste adquiere derechos es -se piensa- porque tiene personalidad, se explican sus diferencias con la del nacido por lo especial de su personalidad (si no sería persona), la calificación de esa especialidad varía en los diversos autores, diciéndose que es anticipada, condicional, futura o provisional.

"Otros autores parten de que el concepto de personalidad es inseparable del de persona y que la posibilidad del concebido de adquirir derechos supone sólo su capacidad, aunque se trate de una capacidad especial,

que se caracteriza también de distintos modos, como capacidad provisional, limitada y condicionada."⁵⁵

Federico De Castro, respecto a esta teoría sostiene, "La doctrina que admite la personalidad o la capacidad del concebido tiene igual sentido, pues tiene capacidad jurídica quien tiene personalidad y viceversa. Teóricamente, resulta difícil admitir una personalidad o una capacidad que no tiene una persona a quien ser atribuidas, su mayor defecto está en olvidar que la capacidad es, no sólo receptibilidad de derechos, sino unificadora de derechos, más aún de derechos y responsabilidad; sus posibles efectos de confusión y consolidación elevarían en la práctica resultados dañosos o de absurda complicación."⁵⁶

"Desde el Derecho Romano se buscaba retrotraer los efectos del nacimiento al estadio de vida embrional. Algunos autores critican que este mecanismo se siga utilizando en el Derecho moderno, argumentando que lo que en realidad se busca retrotraer a la nada, aniquilar los actos jurídicos por medio de los cuales se difirieron derechos y bienes al nactus; pareciendo innecesario para llegar a tal resultado borrar también retroactivamente la personalidad del concebido que nació muerto."⁵⁷

55 *Ibid.* p. 436.

56 De Castro. *Op. Cit.* p. 33.

57 Sifuentes, Santos. *Op. Cit.* p.218.

Teoría de la ficción.

Algunos pensadores establecen que si el concebido no es persona, es imposible hablar de su personalidad y capacidad y que, por lo tanto, el sujeto de los derechos no es el concebido.

"La calificación que se da al nacidurus varía según los autores: algunos dicen que se trata de una nueva ficción jurídica o dogmática, otros que existe una masa de bienes y hasta se ha llegado a sostener que en una especial persona jurídica.

El denominar ficción a una figura jurídica es no decir nada, si no se dice que y porque se finge. La masa de los bienes afectados, ni su administración, determina la naturaleza de la figura jurídica, serán sólo elemento a considerar para averiguarla. La denominación de persona jurídica es, no sólo contraria a la técnica jurídica admitida y a la regulación legal, sino -como se ha indicado- el choque con la realidad legal, pues antes del nacimiento los bienes (derechos y obligaciones) no se unifican en un patrimonio."⁵⁸

Debe recordarse, que solo las personas pueden ser sujetos de derechos y obligaciones, y que no pueden existir algún ente capaz de adquirir derecho sin ser persona.

La teoría de la ficción, desarraigada por sí del Derecho, menos se puede explicar al embrión humano, ya que rodea la realidad el concepto de personalidad en la persona por nacer.

⁵⁸ De Castro, Federico, Op. Cit. p.118.

Teoría de los derechos sin sujeto.

"Esta teoría tampoco considera persona al naciurus, pero se plantea que si no hay persona todavía, parece lógico decir que hay un derecho subjetivo que carece de sujeto, algunos autores piensan que el derecho subjetivo, subsiste, pero hay un interés, el del concebido que lo mantiene; otros en cambio, señalan que existe una situación especial, debida a la indeterminación del sujeto, que puede designarse como expectativa o situación o estado pendencia. Los autores siguen esta última dirección no siempre expresan con claridad su pensamiento, por lo que unas veces se ha interpretado en el sentido de que cada derecho se convierte en una expectativa o una expectativa del concebido, o bien que sin alterarse la naturaleza de cada derecho, están en una situación de pendencia."⁵⁹

Como se desprende de la explicación de las anteriores teorías, la situación sobre la naturaleza jurídica de la personalidad del embrión, no es fácil, como ya indicamos anteriormente, la primera se estas teorías (aquella que le atribuye personalidad jurídica desde el momento mismo de la concepción) es la más acorde con la naturaleza misma de la situación. Es lógico que su explicación al mundo del derecho, sea difícil, puesto que tal teoría no tiene una raíz firme en la historia del derecho, aunque también es cierto que en la misma si se puede descubrir algunos intereses para reconocer personalidad jurídica al ser humano desde la concepción.

Por otra parte, ninguna de las demás teorías, resuelven la cuestión, ya que no reconocen los datos biológicos y filosóficos que muestran que

59 De Castro, Federico Op. Cit. p. 119.

desde la concepción el embrión ya es una persona, existe y está dentro del mundo jurídico. Tratar de encontrar una solución a través de las analogías con los actos y hechos jurídicos no basta, se debe ir más allá, al fundamento personal que está a la base de esta situación, dar validez al reconocimiento de los actos fundamentales del embrión desde el momento de la concepción es defender su estatuto personal y evitar el abuso a su situación. Es por esto importante, para todo el ordenamiento jurídico el adoptar esta posición que es la más justa por ser la más real.

Uno de los principales problemas, en este sentido, son las leyes que permiten el aborto, las que tratan sobre técnicas de reproducción asistida y las sentencias judiciales en estas materias, que violan la personalidad del embrión llegando incluso a considerarlo como un objeto del cual se puede disponer ilimitadamente.

En el Derecho Mexicano.

Los Códigos Civiles de nuestro país abordan el tema que nos ocupan en relación con la viabilidad, para determinar a partir de que momento se puede reputar nacido a un feto. En el Derecho Mexicano el criterio de la viabilidad es determinante para la existencia de la persona física, y por consecuencia su capacidad jurídica.

Para el Código Civil del Distrito Federal, la capacidad jurídica del individuo humano se inicia con el nacimiento y se pierde por la muerte. (Art. 22).

Este artículo señala que a pesar, del principio general (la capacidad jurídica inicia con el nacimiento), desde que el individuo es concebido se presenta dos situaciones reconocida por el derecho:

1. El nuevo ser humano entra bajo la protección de la ley.
2. A este nuevo ser humano se le tiene por nacido para ciertos efectos.

Reflexionando sobre lo anterior, se podría llegar a concluir que indirectamente, El Código Civil reconoce personalidad al embrión humano desde el momento de la concepción. Esta afirmación se apoya en las siguientes consideraciones:

- a) Solo una persona puede ser protegida por la ley.
- b) Únicamente una persona se puede tener por nacida para los efectos declarados en el Código; ser heredero, legatario, donatario.⁶⁰

En nuestro régimen jurídico, exclusivamente la persona puede ser titular de derechos y obligaciones. Los derechos que se desprenden del artículo 22 del Código Civil, solamente pueden referirse a una persona, misma que tiene su inicio en el momento de la concepción.

No es difícil llegar a la conclusión de que el artículo 22, en cita establece tres situaciones.

1. La primera. Es un principio general, respecto a la capacidad jurídica de las personas físicas; inicia con el nacimiento, entendiéndose éste en términos jurídicos.⁶¹

⁶⁰ Artículo 1314.- Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337, 23, 1313, I, 1315, 1480, 1638, 2157.

⁶¹ Artículo 337.- Para los efectos legales, sólo se reputa el feto que desprendido del seno materno, vive veinticuatro horas, o es presentado vivo al Registro Civil, faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad.

2. La segunda. Es una excepción al principio general arriba establecido, pero desde el momento en que el individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el Código, esta excepción es la regla general de capacidad, exclusivamente se le reconoce al concebido, pero aún no nacido, por lo que se refiere a los derechos patrimoniales subjetivos ya mencionados (capacidad para ser heredero, legatario o donatario) el Código señala que se le tiene por nacido, es decir, se considera como nacido vivo y viable, condición que de no cumplirse, se le tendría por no nacido y por lo tanto sin capacidad jurídica para ser sujeto de aquéllos derechos.
3. La tercera, es que el concebido es una persona, por que sólo la persona:

Puede gozar del principio general de la capacidad jurídica al momento de nacer viva y viable, y mientras se encuentre en el vientre materno puede gozar de la excepción del principio general de la capacidad, capacidad para ser heredero, legatario o donatario.

El artículo 1314, del Código Civil, parece confirmar los siguientes argumentos:

"Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado a causa de falta de personalidad los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337."

Este artículo se refiere a un doble tipo de incapacidad, la primera por falta de personalidad, es para aquéllos que no estén concebidos al momento de la muerte del autor de la sucesión lo cuál resulta lógico puesto que no existe ninguna persona en el vientre de la madre ya que la persona inicia su existencia en el momento de la concepción, la segunda se refiere a los concebidos cuando no sean viables, es decir personas ya existentes que gozan de la excepción a la regla general de la capacidad jurídica ya que "se les tiene por nacidos para los efectos declarados en el código", pero que no lleguen a cumplir con el requisito del "nacimiento jurídico" artículo 337.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que el artículo 22 del Código Civil reconoce personalidad al embrión, desde el momento de la concepción, gozando de capacidad jurídica limitada a los derechos patrimoniales de los que se han hablado, quedando su capacidad jurídica genérica sujeta al momento de nacer vivo y viable.

Debemos recordar que existe una distinción entre personalidad y la capacidad jurídica, la primera es la idoneidad abstracta a ser titular de relaciones (la persona es el único ente idóneo para ser titular de relaciones jurídicas) mientras que la segunda, es la medida de tal idoneidad, que define los contornos de la personalidad. Por lo que podemos comprender como dos seres humanos (piénsese en un embrión y en un sujeto de mayor edad), puede gozar de la misma personalidad, mientras que su capacidad jurídica puede ser diferente.

Del análisis que se ha realizado acerca del inicio de la personalidad, se puede llegar a concluir que el concebido pero aún no nacido, tiene

personalidad con una capacidad de goce limitada, la cual aumentará notablemente al momento del nacimiento y aún más cuando alcanza la mayoría de edad, la cual nos lleva a señalar la importancia que tiene el ser humano desde el momento de su concepción y de la necesidad de protegerlo, desde el comienzo de su existencia, debido a que entendemos que la intervención del legislador, dentro de un régimen de libertad, que consideramos como el más favorable al progreso de la investigación científica, deberá inspirarse sobre los principios fundamentales de la naturaleza del hombre que conduce a la debida tutela de la dignidad de la persona humana, considerada un "fin en sí misma", la que resulta insusceptible de recibir tratamiento como un mero "objeto" de investigación científica.

Cabe señalar que en la historia de la humanidad, nunca los descubrimientos científicos han afectado más a la esencia del ser humano, y a su dignidad, que los derivados del empleo de las nuevas técnicas de procreación asistida, (materia del siguiente capítulo), por lo que el derecho no ha resultado ajeno a las transformaciones tecnológicas, ni tampoco han podido soslayar las asechanzas que conllevan el riesgo de ver trastocada la jerarquía de sus valores en aras de la exultante supremacía de los logros técnicos.

En estas perspectivas el Derecho de hoy, en los umbrales del Tercer Milenio, requiere de los juristas no una simple labor de explicación desentendida de la dimensión temporal, como acontecía en antaño, sino de una tarea imaginativa, antes bien creadora, apta para las soluciones acordes con las exigencias de la época, en vista del valor del hombre como persona, y en orden a su adecuada protección.

CAPÍTULO III

NUEVAS TÉCNICAS DE PROCREACIÓN ASISTIDA.

Desde épocas remotas los científicos han sorprendido al mundo entero con sus descubrimientos contribuyeron de una o otra forma al desarrollo y progreso de nuestra civilización. La medicina, en tanto busca proteger la salud de los seres humanos, ocupa sin duda, un lugar privilegiado en esta evolución.

¿Quien hubiera jamás, imaginando la posibilidad de fertilizar un óvulo humano en probeta? ¡Hoy la placenta artificial, la "procreación por correo" han dejado de ser una fantasía!. Desde 1944 en que los científicos por primera vez observaron por el microscopio la unión del esperma humano con el óvulo, la fisiología, la Genética, la Embriología y la Obstetricia se han desarrollado de manera vertiginosa. Hoy en día los médicos pueden estimular el proceso de ovulación, extraer el óvulo, fertilizarlo fuera del cuerpo humano, e implantar el embrión en el útero de quien donó el óvulo o de una tercera persona. Estos adelantos que se han venido en denominar lo que se conoce hoy con el término "REPRODUCCIÓN HUMANA O PROCREACION ASISTIDA".

"Así como la "píldora" constituyó a disociar el vínculo sexualidad procreación en el sentido de impedir la concepción, las nuevas técnicas de "Procreación Humana Asistida", permite engendrar un bebé sin necesidad de coito sexual. Por reproducción asistida, se entienden

aquellas técnicas que propician la fecundación por un método distinto a la cópula.⁶²

La Procreación Humana Asistida engloba diversos procedimientos y tecnologías, entre los que se destacan la inseminación artificial, fertilización in vitro, transferencia intrafalopina de gametos.

Antes de explicar en que consiste cada uno de estos avances de la ciencia moderna es conveniente definir que se entiende por inseminación y fecundación artificial; se emplearán los dos términos respondiendo cada uno a una situación determinada; Inseminación será el término para indicar la introducción del espermatozoide en la mujer sin asegurar la fecundación, fecundación la unión artificial extrauterina de un espermatozoide con un óvulo. Sin embargo cuando se refiera a las dos situaciones se empleará el término "concepción " que es lo que se pretende.

A. LA DEFINICIÓN DE GAMETOS

El semen o espermatozoide es un líquido que segregan las glándulas genitales de los hombres; en él existen de 60 a 150 millones de espermatozoides por milímetro. El espermatozoide es el gameto masculino, es la célula germinal o fecundante, cada eyaculación del hombre contiene de 100 a 500 millones de espermatozoides.

62 Robertson, Jhon. Op. Cit. p. 420. Explica que hasta seis personas distintas pueden participar en la procreación, esto sin contar al personal médico. Los seis involucrados serán; la mujer que provee el óvulo, la mujer que gesta, el varón que provee el espermatozoide, la pareja que cría al niño y el esposo de la mujer gestante.

"El óvulo es el gameto femenino, se encuentra en las glándulas sexuales femeninas que son los ovarios, mismos que están en número par y presentan la dimensiones y la forma de las almendras secas. Además de producir las hormona femeninas (estrógenos y progesterona), contiene en su espesor miles de folículos en un óvulo en su interior. Cada mes madura un folículo y un óvulo es expulsado fuera del ovario (ovulación). La puesta ovular tiene lugar generalmente, 14 días después de la menstruación".⁶³

El óvulo es una célula de gran tamaño prevista de los elementos necesarios para subsistir, hasta que sea fecundada. En su interior, existe un núcleo que contiene en forma de cromosomas la herencia que la madre transmitió al hijo en caso de concepción.

"Los conductos que relacionan el útero con los ovarios reciben el nombre de trompas de falopio que permiten el paso del óvulo desde la superficie ovarica hasta la cavidad uterina. Su comisión consiste en captar el óvulo, facilita la fecundación de éste por el espermatozoide (célula reproductora masculina) y facilita el progreso y nutrición del huevo durante los días en que este viaje a su través."⁶⁴

En el momento de la ovulación se rompe la cubierta del ovario para dar salida a un óvulo. Este óvulo se perdería dentro del vientre sino fuera porque en el mismo instante, la trompa de falopio se comporta de manera semejante a la trompa de un elefante. Efectivamente, poco antes de que tenga lugar la explosión ovulatoria, el pabellón de la trompa se adapta a la

⁶³ Daxeux, José Ma. El nacimiento de un niño, Zalvat. Editores, primera edición, México, D.F., 1973. p 245.

⁶⁴ Ibid. p. 256.

superficie del ovario, en especial sobre la zona donde va a romperse, en forma que al tener lugar la liberación el óvulo, la trompa le engulla por completo mediante un movimiento de succión.

B. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL (I. A.)

Antecedentes históricos

"Los antecedentes históricos de la I. A. en los animales se remota al siglo XII AC.⁶⁵ sin embargo y considerando que el objeto de la presente tesis es analizar las técnicas de procreación asistida exclusivamente en seres humanos, me referiré a estos y no a los anteriores.

Jhon Hunter, médico inglés, llevó a cabo en el año de 1799 la primera I. A. de que se tiene noticia, ésto lo consiguió introduciendo una espuma empapada con el semen de un marido Hipospádico (abertura congénita de la uretra en la cara inferior del pene), en el interior de vagina de su esposa. La fecundación se produjo y nueve meses después dio a luz aun varón, el cual fue bautizado con el nombre de Jhon, en recuerdo de aquel notable médico.

Aún cuando esta primera I.A. tuvo éxito, "El que efectivamente la popularizó fue el doctor francés Giravit 1858, Marion Sims, en 1866 logró la I. A. a través de una inyección de esperma aplicada directamente en el útero de una mujer."⁶⁶

⁶⁵ González, Ernesto. El patrimonio Ed. José María Cajiga México. 1982 p. 602.

⁶⁶ Ibid. p. 604. 6

Para el año de 1868 en Inglaterra, una revista médica titulada "abeja médica", daba la noticia de 10 casos en que la I. A. se había practicado con éxito.

"Asimismo, en 1871, se exponía ante la Facultad de Medicina de París toda una tesis sobre la I. A., por parte del doctor Gijon y para 1911 el doctor Roelhoder había practicado 65 experimentos de los cuales 31 dieron resultados satisfactorios, 16 años más tarde Shorochova obtiene de 88 casos 33 resultados."⁶⁷

No ha sido sino hasta el año de 1941 y 1942, en el que por primera vez puede afirmarse el completo éxito de la I. A., ya que dos médicos norteamericanos (los doctores Seymour y Koerne) interrogan a más de 30,000 médicos y logran saber de 9,489 embarazos logrados por este novedoso método.

Según las estadísticas recogida hasta 1950, se debían a la I. A.; unos 1000 embarazos anuales sólo en Francia, 6000 en Inglaterra y 20,000 en los Estados Unidos de Norteamérica donde los datos daban un total de más de 80,000 nacidos por esta técnica.

"Por último, únicamente resta decir que el número de la I. A. con semen de donante (Artificial Insimination by Donor-AID) viene en continuó aumento desde finales de la segunda guerra Mundial en Estados Unidos de Norteamérica y otros países, y que el cálculo actual de niños nacidos

67 Daxeusx, José Ma. Loc. Cit.

por año mediante la I. A. D. oscila entre los 10,000 y los 25,000 sólo en los Estados Unidos de Norteamérica.”⁶⁸

Concepto de inseminación artificial.

Inseminación artificial, es una técnica utilizada para introducir semen dentro de la vagina o útero de la mujer por otro procedimiento distinto a la relación sexual. Consiste en la intervención médica para depositar el semen del varón en la vagina, en el cuello uterino o en el interior de la cavidad del útero por medios distintos a la cópula.

Formas de la inseminación artificial.

No en cuanto al procedimiento que se sigue para inseminar a una mujer, artificialmente, sino en cuanto a la calidad o estado civil de ésta, se ha dado e clasificar las formas de la inseminación que nos ocupa en dos, que son a saber:

1. Autoinseminación o inseminación homóloga.
2. Heteroinseminación o inseminación heteróloga.

Esta última, a su vez se puede practicar respecto de:

- a) mujeres solteras y
- b) mujeres casadas.

La forma 1. Es la que se practica dentro del matrimonio, inseminando a la esposa directamente con el semen de su esposo.

⁶⁸ Hernández Vera, Julio Cesar. Inseminación Artificial en seres humanos, Incidencias Jurídicas Foro de México. México, 1960 p. 85.

La forma 2. Resulta de inseminar a una mujer casada con semen de una persona que no es su esposo, o una mujer soltera, con semen de un varón que obviamente no es su esposo.

Esta segunda forma es la que en verdad presenta problemas graves.

1. Autoinseminación.

“La inseminación artificial de la esposa, con el semen de su esposo, es indicada o aconsejada por los médicos, cuando el esposo o la esposa presentan; malformaciones físicas o psíquicas que imposibilitan la inseminación natural intravaginal; cuando hay imposibilidad para la ascensión natural de los espermatozoides en el útero y en los casos de guerra.”⁶⁹

Quando hay anomalías físicas o psíquicas en el varón o en la mujer.

Puede suceder, y de hecho sucede en múltiples casos, que el espermatozoides del esposo, arroje resultados satisfactorios en el laboratorio, y que por su parte la esposa sea apta para fecundarla, y sin embargo de las uniones sexuales realizadas; no se hayan obtenido la fecundación anhelada.

Puede obedecer esto a diversas malformaciones genitales, ya en el varón, ya en la mujer, o bien esas malformaciones pueden ser de carácter psíquico o funcional como dicen los médicos.

Es interesante el conocimiento de estas causas por lo cual paso a ocuparme de cada una de ellas:

⁶⁹ Ibid. pp. 101 y 103.

"...Anomalías físicas en el varón:

- a) epispadias, del griego "epa"; sobre; y "spazein"; hendir. Anomalia del canal natural que desemboca en un sitio normal, sino hasta la parte superior del pene.
- b) hispospadias del griego "ipo"; debajo y "spazein", hendir. Anomalia del canal uretal, que no desemboca en su sitio normal, sino hasta la parte inferior del pene.
- c) fimosis del griego "fimosis", estrechez del orificio del prepucio, que impide la salida del glande. Puede tratarse quirúrgicamente

Anomalías psíquicas o funcionales en el varón:

- d) eyaculación prematura. Consistente en que la eyaculación se verifica demasiado rápidamente, apenas realizada la intromisión o apenas empieza los movimientos del coito, o algunas veces en cuanto la mujer manifiesta su excitación. La erección del pene se produce mas o menos completa. Algunas veces aun, la eyaculación se produce antes de la intromisión, a la entrada de la vagina.
- e) Impotencia "coendi". Impotencia parcial por falta de erección....⁷⁰

Anomalías físicas en la mujer:

- a) estenosis (estrechez vaginal). Del griego "stenos"; estrecho y "osis"; afección; estrechamiento de algún pasaje natural, en el caso concreto la vagina.

⁷⁰ Ibid. p. 104

- b) tabiques en la vagina, ciertas adherencias que obstruccionan la cavidad vaginal.
- c) Inhospitalidad cervical, consiste en que hay un medio ácido, en cierta región de la vagina que destruye cualquier espermatozoide que pase por ese canal.

Anomalías psíquicas o fundamentales en la mujer;

- d) frigidez, anestesia genital de la mujer.
- e) hiperexcitación, actividad sexual excesiva.
- f) ninfomanía, furor uterino deseo violento e insaciable de entregarse a la cópula.
- g) erotomanía, del griego "eos", amor y "manía" delirio sexual personalizado por manifestación de diversas enfermedades mentales; demencia precoz, delirio de interpretación, locura alcohólica, histerismo, etc."⁷¹

Por imposibilidad de ascensión del esperma:

"La astenospermia, es decir, la insuficiente movilidad de un porcentaje elevado de espermatozoides da lugar, por otra parte, a una fertilidad más o menos profundamente comprometida. Produciéndose la fecundación en el tercio del externo de la trompa, los gametos machos deben salvar una distancia de 18 a 24 centímetros de las vías genitales de la mujer. A una velocidad normal de 1 a 2 mn. por minuto, tardarán, pues de 12 a 24

⁷¹ Fernández Vera, Julio César. Loc. Cit. p.90.

horas alcanzar el lugar de ataque. Un viaje semejante "exige de ellos una energía parecida a la de un nadador que recorriera 36 Kms, en 5 horas", señala graciosamente el doctor Rozoy, se comprende que los débiles sucumban en el camino."⁷²

En casos de "guerra".

En la pasada guerra de Corea, de resonancia, así como entre los combatientes del Pacífico en la Segunda Guerra Mundial, se presentaron múltiples casos a los que es necesario referirnos.

"Los soldados norteamericanos, que habían contraído, recientemente matrimonio en su país, y que en virtud de las exigencias de su actividad tenían que presentarse en sus respectivos campos de batalla, no fecundaban a sus esposas, en los primeros contactos que con ellas tenían, y muchos de ellos optaron por utilizar los servicios del Cuerpo Médico del Ejército Americano, para que por su conducto se pudiera solucionar el problema, ya que ellos deseaban tener procreación propia aún cuando estuvieran lejos de sus esposas.

"Les fue extraído el semen a los que lo solicitaron, por los medios adecuados, y enviando rápidamente por avión a los Estados Unidos, para que sus esposas fueran inseminadas con semen de su propio marido."⁷³

"Y una vez que el semen llegaba a su destino, un médico de los servicios militares llamaba a la esposa y procedía a inseminarla con el semen de su

72 Ibid. pp. 88, 89 y 90.

73 Ibid. p. 91

marido. Así, se lograron estupendos resultados, y se cumplió el anhelo de la reproducción a larga distancia, como se ha llamado."⁷⁴

2. Heteroinseminación.

Esta práctica es aconsejada por los médicos según ya dejo anotado, cuando la esterilidad, absoluta del marido, por cualquiera de las causas antes señaladas, le impide fecundar a su pareja; porque es indeseable la procreación mediante el esposo, y en caso de mujeres solteras.

Por esterilidad absoluta del marido

"...La esterilidad es en sentido gramatical, "falta de cosecha, carestía de frutos. enfermedad caracterizada por falta de aptitud de fecundar en el varón, y de concebir en la hembra," puede tener en el campo biológico diversas causas, como puede ser la azoospermia, en la oligospermia, astenospermia, hiperespermia, y la necrospermia. "Ahora bien, el examen del laboratorio permite a menudo comprobar la desigualdad de la cantidad de espermatozoides contenidos en el esperma. Este puede estar afectado de azoospermia o de necrospermia, es decir ausencia de todo elemento macho en el primer caso, o en vivo en el segundo; o bien de oligospermia, es decir de una cifra de espermatozoides inferior a la normal (60 millones por c.c); o por último, de hiperespermia, es decir de un cantidad de espermatozoides superior a 120 millones por c.c. Si en el primer caso la infertilidad es evidente por regla absoluta, se ha observado en estos últimos años que el índice de la fecundidad del líquido seminal en la segunda hipótesis es prácticamente nulo, cuando el número de

74 *ibid.*, pp. 92 y 93.

espermatozoides desciende por debajo de 50 millones por c.c. (a pesar que definitivamente la penetración ovular la realiza uno solo de ellos), a consecuencia de la falta cuantitativa de la diastasa (fermento soluble que transforma diversas sustancias) denominada hialuronidasa, segregada por la masa de espermatozoides en la proximidad del óvulo, y necesaria para la licuefacción del gel viscoso periovular. La hiperspermia no esta por otra parte, exenta forzosamente de la posibilidad de una tasa nula de hialuronidasa, existirá desde este punto de vista, espermata defectuosos cuando las células machos alcancen 120 millones c.c. según las cifras obtenidas, habrá pues, lugar o no a la heteroinseminación artificial de la esposa del poseedor del espermata examinado."⁷⁵

La astenospermia, es decir, la insuficiente movilidad de un porcentaje elevado de espermatozoides da lugar, por otra parte, a una fertilidad más o menos profundamente comprometida. Produciéndose la fecundación en el tercio externo de la trompa, los gametos machos deben salvar una distancia de 18 a 24 centímetros en las vías genitales de la mujer.

"... Por ser indeseable la procreación mediante el marido.

Esta es fundamentalmente por razón eugenésica, puede tener una doble meta:

- a) *evitar taras hereditaria.*
- b) *evitar el resultado del factor "Rhesus".*

⁷⁵ Leal Dávila, Luis Orlando. La Reproducción Artificial Humana. Revista de la Facultad de Derecho y ciencias Políticas de la Universidad Pontificiana Boliviana. Colombia. 1986 p.87.

- a) Hay cierto número de afecciones hereditarias (vicios de conformación, psicosis) cuya existencia en el marido o en sus ascendientes hace la procreación indeseable.

Puede existir también un marido sífilítico, que aún cuando no es hereditario ese padecimiento, los genes pueden ser seriamente afectados y el nuevo producto, puede nacer debilitado, y propenso a cualquier clase de enfermedades; además, se podría dar lugar a una raza débil, además de otras taras.

- b) Existen familias en que el hijo posee una sangre tan diferente de la de su madre que hace imposible la vida en común durante la gestación."⁷⁶

En las mujeres solteras:

Se aconseja cuando una mujer soltera que estima esencialmente el derecho a la maternidad desea un hijo, pero a su delicadeza repugna tener acto sexual con un hombre fuera de matrimonio, o bien tiene excesivo miedo al desfloramiento o finalmente teme ser fecundada por un individuo falto de escrúpulos.

Rambur opina respecto de esta forma de inseminación artificial, que debe estudiarse al dador desde el punto de vista de sus antecedentes físicos y mentales: "Es necesario que carezca de toda tara transmisible, algunos aconsejan no aceptar más que individuos de menos de 35 años de edad, (para eliminar el riesgo de las psicosis hereditarias, la mayoría de las cuales se desarrollan antes de esa edad), y demás, que hayan ya demostrado su capacidad por una progenie de buena ley. Es conveniente,

⁷⁶ Ibid. p. 88.

de la misma manera, que el dador se parezca, tanto como sea posible al marido, por sus cualidades físicas y raciales."⁷⁷

En los comienzos de la heteroinseminación humana, el papel del sustituto generador era confiado a veces al hermano del marido debido al parecido genotípico.

Contradicciones de la Inseminación Artificial.

Tanto la homóloga como la heteróloga, desde el punto de vista técnico, están contraindicadas:

1. "...Cuando cualquiera de los cónyuges se halla afectado por infecciones genitales agudas o subagudas;
2. Cuando ambos o alguno de ellos, padezca trastornos psicosexuales."⁷⁸

Condiciones para el éxito de la Inseminación Artificial:

1. "...Cuando la mujer debe tener todos sus órganos genitales anatómica y funcionalmente normales. Esto presupone que se ha realizado un examen clínico completo, con el agregado de la práctica de métodos auxiliares: colposcopia, exámenes citológicos y del moco cervical, dosajes hormonales, biopsias y laparoscopia."⁷⁹
2. "...La inseminación tiene que estar hecha lo más cerca posible de la ovulación. Conviene recordar que el óvulo conserva su capacidad para

⁷⁷ Ibid. p.89.

⁷⁸ Marchante, Radl. Fecundación Artificial o Adopción. (Buenos Aires, Edición Depalma. Buenos Aires, 1987. pp. 156 y 157.

⁷⁹ Ibid. p. 188.

ser fecundado, unas doce horas y los espermatozoides la suya para fecundar de veinticuatro a treinta y seis horas.

Debe recordarse que se coagula en seguida de la emisión, que se licúa entre 10 y 30 minutos después, y que el momento óptimo para su recolección varía entre 20 minutos y 10 horas después de la emisión. Los materiales, jeringas, cánulas, sondas, etc. deben ser secos y esterilizados, teniendo en cuenta que el agua y muchos antisépticos son espermicidas."⁸⁰

3. "Evitar en lo posible el riesgo inflamatorio, poniendo en práctica las más rigurosas prácticas de asepsia y antisepsia."⁸¹

Procedimiento médico.

A saber existen dos técnicas para llevar a cabo la Inseminación Artificial:

1. "...La Inseminación cérvico vaginal.
2. La técnica del capuchón cervical.

La Inseminación cérvico-vaginal:

El procedimiento consiste, esencialmente en introducir con una cánula (denominada de Rubin) y una jeringuilla esterilizada, aproximadamente medio milímetro de semen en el canal cervical, y el resto se deposita en el fondo del saco vaginal y del acto cérvix: finalmente se aplica un tapón no absorbente para evitar la pérdida del semen..."⁸²

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Silva Ruiz, Pedro. Revista Judicial Corte de Justicia San José de Costa Rica. Año XI No 41. Dic. 1989 p. 22.

⁸² Ibid. P. 23.

Técnica del capuchón-cervical.

"La operación es casi idéntica a la anterior, salvo que el semen se introduce en un capuchón que se adhiere al cérvix y permanece en esa posición unas 24 horas, con lo que el semen masculino ésta en contacto durante las mismas horas con el oficio externo de la matriz de la mujer.

Cabe decir de acuerdo con los últimos datos médicos, que si tras doce meses de la aplicación de esta técnica la mujer no queda embarazada, es preciso concluir que este sistema de fecundación ha fracasado."⁸³

C. TRANSFERENCIA INTRAFALOPINA DE GAMETOS.(GITF)

Antecedentes históricos.

"Este método es muy nuevo y solamente en pocos lugares se practica, fueron inventadas por Ricardo Ash y su colega de la Unuversity of Texas Hearth Science Center at San Antonio; Se aplica por primera vez en 1884.

El doctor Edgardo Young director del Instituto de Fertilidad de Buenos Aires Argentina, quien participó en el segundo congreso Latino Americano de fertilidad e Infertilidad que se celebro en Bogotá a mediados del mes de octubre de 1987, aseguro que esta técnica a sido aplicada con éxito en diversos países, la cuál consiste en colocar los óvulos y espermatozoides en la Trompa de Falopio para que se fertilicen ahí.

Este permite un 35% de éxitos por ciclo de tratamiento. Es un porcentaje muy alto si se tiene en cuenta un matrimonio super fértil tiene una posibilidad de tener un 35% de éxito por ciclo aunque requisito para la Gift

⁸³ Ibid. p.24.

en que las trompas estén sanas, tiene el doble de fertilizaciones que cuando se hace en vitro."⁸⁴

Concepto.

Esta técnica consiste en la introducción de óvulos y espermatozoides en la Trompa de Falopio, para su fertilización, desarrollo y alumbramiento natural, se puede, en los primeros días, transferir el embrión al útero de otra mujer.

Procedimiento médico.

Consiste en recolectar el huevo del ovario mediante, la técnica de la laparoscopia, que es depositado junto con el semen en las trompas de falopio, de manera que se fertilice y se implante naturalmente.

Se depositar al mismo tiempo a través de una fina pipeta, dentro de las trompas de falopio de la mujer, el huevo y el esperma, con el fin de que la fertilización y la implantación de los mismos se haga naturalmente."

La diferencia entre la Gift y la I. A, consiste en que en la inseminación artificial lo que se hace es inyectar el semen hacia el útero a través de una técnica ya descrita con el fin de que la fertilización se haga naturalmente es decir como si fuera producto de una relación sexual. En cambio en la Gift se extrae el huevo de la mujer y es depositado al mismo tiempo que el esperma dentro de las trompas de falopio de la mujer de manera que ellos se fertilicen y se implanten.

⁸⁴ Barragán Velia, Patricia. La Reproducción Humana Asistida. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. Diciembre, 1991 pp. 1, 2 y 3.

D. FECUNDACIÓN IN VITRIO.(FIV)

Antecedentes históricos.

"El Dr. Jhon Rock, y el Dr. Arthur Herting, trabajando en colaboración, habían obtenido en su laboratorio, en 1944 y por primera vez en la historia, la fecundación de un óvulo humano in vitro, es decir, fuera del organismo, utilizando elementos y materiales de aquel centro de investigaciones. El embrión se perdió al poco tiempo, pero se había dado un paso más en la ciencia."⁸⁵

"...Enseñanzas y las directivas de la Cátedra de Roma, había hecho públicas manifestaciones de reproducción a todas las maniobras de la inseminación artificial.

Diez años después L. B Shettles daba cuenta de numerosos ensayos de fecundación de óvulos humanos in vitro, logrando en algunos casos, que la embriogénesis llegara a etapas bastante avanzadas."⁸⁶

"En 1966, investigadores rusos referían la supervivencia durante semanas y aun meses, de unos 250 fetos logrados por fecundación in vitro.

En 1974, Steptoe y Edwards anunciaron que habían nacido tres niños concebidos en probeta.

Poco después, Petrucci, en Bolonia, donde había iniciado sus experiencias varios años antes, también mantuvo sobrevivida de hasta un

⁸⁵ Loc. Cit.

⁸⁶ Loc. Cit.

mes, y luego, algo más de dos meses, de embriones obtenidos por fecundación extracorporal o invitro.”⁸⁷

“Pero fue sin duda después del martes 25 de Julio de 1978, cuando todo el mundo civilizado se sintió conmovido con la noticia sensacional. Se había roto el secreto, o, al menos, la prudente reserva por la cual no pasaron las precedentes referencias a los medios masivos de comunicación. Pero en esta última fecha, llegaban a ellos los datos del nacimiento de Louise Brown, en Oldham, población vecina a la ciudad inglesa se Manchester. La mencionada niña, nacida por cesárea, había sido lograda por la fecundación extracorporal, en el laboratorio a cargo de los Dres, Patrick Steptoe y Robert Edwards.”⁸⁸

Concepto.

La fecundación in vitro consiste en la fertilización de óvulos por espermatozoides en un medio artificial y la posterior transferencia de embriones resultantes, a un útero.

Admite, como la I. A. la clasificación de Homóloga y Heteróloga, según se haya utilizado o no células germinales de los esposos o extrañas a los mismos y puede dar lugar a las siguientes hipótesis.

1. Óvulo y semen de la pareja en tratamiento, gestado por ella.
2. Del óvulo de la mujer de la pareja, por semen de donante y gestado por ella.

87 .Loc. Cit.

88 Leal Dávila, Luis Orlando. La Reproducción Artificial Humana frente al derecho Civil Colombiano. Medellín Colombia, Editorial Universidad Pontificiana Boliviana. 1991. pp. 1 y 72.

3. De gametos de la pareja, gestado por una segunda mujer.
4. Óvulo de la mujer de la pareja, semen de donante y gestado por una segunda mujer.
5. De óvulo donado, semen del varón de la pareja y gestado por la mujer de la pareja.
6. De óvulo de donante, semen del compañero y gestado por una tercera mujer.
7. Óvulo de donante que a su vez es la gestante y semen del miembro masculino de la pareja.
8. Óvulo de donante, y a su vez gestante y semen de donante.
9. Óvulo y semen de donante, gestado por la mujer de la donante.

Indicaciones de la Fecundación In Vitro o Extracorporal.

“Lo habitual es que las Trompas de Falopio, órganos tubulares y huecos, en cuyo interior se produce la unión de los gametos, estén definitivamente ocluidas. Tal situación, habitualmente se debe a procesos cicatrizales consecutivos a infecciones diversas, entre las cuales, la más frecuente es la blenorragia, causada por el gonococo de Neisser; la sepsis post-aborto, que se da con bastante frecuencia; las producidas después del parto (cada vez menos frecuentes), o las causadas por la tuberculosis (bacilo de Koch).

También puede suceder que falten las trompas por una deficiencia genética, lo cual es muy raro, o por haber sido estirpadas en operaciones

quirúrgicas indicadas por tumores, adherencias, endometriosis, embarazos u otras patológicas."⁸⁹

Algunas técnicas de la Fecundación In Vitro.

a) "...Obtención de los espermatozoides;

Los médicos que utilizan estos recursos, el semen lo obtiene por masturbación y por otras maniobras onanísticas, todas ellas condenadas como ilícitas por la moral natural y por la iglesia.

b) Obtención de los óvulos.

Para aumentar las probabilidades de éxito y trabajar con varios óvulos y no con uno solo, que es lo que produce habitualmente la mujer, el promediar cada ciclo menstrual, se prepara a la paciente para que le maduren en un solo ciclo, varios óvulos; 6 u 8 o más, a la vez mediante inyecciones de hormonas que producen ese resultado..."⁹⁰

Procedimiento médico.

- a) "...Desarrollo de los folículos ováricos. Se utiliza medicamento llamado Citrato de Clomifene (Clomid- Omifin- Serophin) o en otros casos HMG, (pergonal pertisol). Estos medicamentos se emplean normalmente para inducir o estimular el desarrollo folicular ovárico con el fin de que se presente la ovulación. Actualmente se emplea una dosis de tableta diaria de Citrato de Clomifene, aún cuando la mujer ovule normalmente, el medicamento se utiliza para estimular el

⁸⁹ Marchante, Fermín Radl Op. Cit. p.158.

⁹⁰ Ibid.

desarrollo de más de un óvulo que aspirar al momento de la recolección del mismo, de esta manera, existe mayores probabilidades para que se logre una fecundación y un desarrollo normal en el laboratorio al contar con dos o tres óvulos. El medicamento no es perjudicial y ha sido utilizado por más de diez años para el tratamiento de la infertilidad en mujeres anovulatorias. No hay aumento en la incidencia de defectos ni anomalías congénitas ni de abortos espontáneos con el uso de dicho medicamento. Después de estas drogas, se da un segundo medicamento en inyección: se trata de la gonatrodotropina coriónica humana HCG (Pymogonil). Es necesario que la HCG se administre en el momento apropiado del desarrollo folicular (El óvulo y su envoltura en cualquier momento de su desarrollo) para que se logre la maduración y el óvulo se prepare para ser recuperado. Sin el uso de este medicamento, sería muy difícil evaluar el momento de la ovulación y la madurez de los oocitos (célula germinal en desarrollo). Como ya se dijo ese medicamento también ha sido utilizado por mucho tiempo y no ha producido efectos secundarios ni aumento en la incidencia de defectos congénitos. El tratamiento con Citrato de Clomifene se inicia a partir del quinto día del ciclo durante cinco días. El tratamiento con HMG según esquema que elabore el director del programa. Los esquemas podrán sufrir algunas modificaciones de acuerdo con el crecimiento folicular. Se hará un control ecográfico a partir del día diez del ciclo según horario indicado. la mujer irá al examen con la vejiga llena, para ello, deberá tomar 48 onzas de líquido media hora antes de la cita. la ecografía es inocua; no se ha producido efectos adversos ni en los oocitos ni en los embriones en

desarrollo. Se utiliza con mucha frecuencia en el embarazo desde las dos o tres semanas de gestación hasta el parto..."⁹¹

- b) "...Laparoscopia de aspiración de los óvulos. Se hospitaliza 2 ó 3 horas antes de la intervención. La paciente deberá guardar ayuno completo durante las 12 horas anteriores al procedimiento.

Ya en la clínica, será llevada a la sala de cirugía en donde el anesestesiólogo la pondrá bajo anestesia general para que se le pueda practicar la laparoscopia que será similar a la que ya se le hayan hecho. Será un procedimiento de corta duración. El laparoscopio se introduce a través de una pequeña incisión debajo del ombligo y se hacen dos punciones adicionales para el sistema de aspiración de los óvulos y las pinzas de sostén. Durante la Laparoscopia se aspiran los óvulos que luego se envían al laboratorio para su cultivo y su fecundación. Después del procedimiento, será llevada a la sala de recuperación en donde permanecerá por unas dos horas. Se le dará de alta a los dos o cuatro horas cuando esté totalmente recuperada."⁹²

- c) "Cultivo de los oocitos. Capacitación de los espermatozoides y fecundación. Una vez que los óvulos llegan al laboratorio, se colocan en un medio líquido especial en donde permanecen de 5 a 6 horas en incubadora. Dos horas antes de la laparoscopia se necesita obtener una muestra de semen, se lleva al laboratorio en donde los espermatozoides se incuban y permanecerán en la incubadora

91 Leal Dávila, Luis Orlando, Op. Cit. p.91.

92 Loc. Cit.

durante 5 o 6 horas. Transcurrido ese tiempo se sacan los óvulos y los espermatozoides para ser aplicados éstos; de 16 a19 horas después se observa bajo microscopio si se ha logrado la fecundación, si ésta se ha logrado se transfiere al huevo a otro medio especial de cultivo durante 22 a 24 horas momento en el cual se debe observar la formación del embrión y estará entonces listo para ser transferido al útero."⁹³

- d) "...Transferencia embrionaria. Si los óvulos se han desarrollado normalmente, el médico le pedirá a la paciente que vuelva a la clínica. Para la transferencia embrionaria, tendrá que colocarse en la misma posición que para una citología. No se requiere anestesia: El embrión o embriones se transfieren al útero a través de un catéter muy fino que se ha colocado por el cuello uterino. El procedimiento indoloro deberá permanecer acostada durante 24 horas después de la transferencia embrionaria. Transcurrido este tiempo de quietud en la clínica, se le permitirá regresar a casa pero deberá reducir sus actividades al mínimo. No podrá hacer ningún ejercicio pesado durante las primeras 24 ó 48 horas después de la transferencia. Pasado este tiempo, podrá reanudar sus actividades normales siempre y cuando no impliquen stress ni esfuerzo físico.

A partir del día de la transferencia se le aplicará una inyección diaria por 5 miligramos de progesterona y/o óvulos."⁹⁴

93 Loc. Cit.

94 Leal Dávila, Luis Orlando. Op. Cit. pp. 91 y 92.

- e) "Ciclos de tratamiento. Si no hay éxito en el primer ciclo de tratamiento, deberá esperar uno o dos ciclos antes de empezar otro tratamiento. Esto se hará hasta que haya logrado el embarazo pero hasta que haya alcanzado tres o cuatro ciclos de tratamiento. En este momento se le pedirá que no siga adelante con el programa de Fertilización In Vitro.⁹⁵

E. ABERRACIONES CIENTÍFICAS.

Implantación de embriones humanos en úteros de animales, con el pretexto de evitar los problemas que se suscitan constantemente con las madres de alquiler, cierto grupo de científicos pretenden implantar embriones humanos en úteros de animales genéticamente parecidos al hombre como lo son el cerdo y el simio. Aunque tal aberración parece técnicamente posible, parece ser que no podría controlar el intercambio genético entre las dos especies.

Implantación de embriones humanos en mujeres con muerte cerebral.

"Muy trágico resulta mantener con vida artificial a mujeres que han sido declaradas clínicamente muertas, para utilizarlas como gestadoras de seres humanos. Esto surgió de un verdadero milagro científico en que una mujer inglesa que sufrió muerte cerebral a consecuencia de un tumor que tenía en el mismo órgano, fue mantenida en vida por la razón de que estaba embarazada, seis meses mas tarde dio a luz mediante una operación cesárea, a una niño fuerte y sano."⁹⁶

⁹⁵ Loc. Cit.

⁹⁶ Loc. Cit.

La maternidad masculina.

"Otro científico, es el que pretende implantar cigotos humanos, en hombres que están dispuestos a llevar un embarazo y en los que se pretende implantar crear un ambiente similar al uterino para que sea viable la gestación de una criatura. Esta idea también surgió en un acontecimiento en que la ciencia logró éxito gracias a su incesante desarrollo: mujeres que lograron dar a luz después de un embarazo extrauterino, como el caso en que el huevo se anidó y desarrolló con éxito. Los científicos innovadores afirman que con esto se remediará la frustración de parejas homosexuales que ven truncado su deseo de ser madres mismo que parece ser de tal magnitud que muchos incluso fingen el estado de embarazo para aliviar su desencanto."⁹⁷

Esta nueva aberración parece técnicamente posible aunque no sin riesgos considerables, tanto para el hombre que es sometido a tratamiento hormonal contrario a su naturaleza, como para el embrión que ha de crecer en un ambiente artificial creado y es un órgano que no es el adecuado.

Que peligro constatado es que el feto, por escasez de espacio puede adquirir deformaciones óseas a pesar esa gran mofa contra la naturaleza, el criterio científico es que habrá sin tardar parturientes varones, y además para completar el sentimiento del embarazo masculino se inyectará material genético de la madre hombruna.

97 Loc. Cit.

Clones humanos:

"Otra forma de producir huevos humanos artificialmente son los llamados clones humanos, Dos clones son dos seres humanos idénticos genéticamente. Los hay en la naturaleza en muchos órganos vivos, principalmente en los unicelulares que se reproducen por división. También los hay naturalmente en los hombres cuando el huevo humano se divide por alguna razón desconocida y da origen a dos huevos idéntico, que poseen la misma herencia cromosómica y la misma dotación genética. Ahora se puede hacer esto artificialmente ya se ha logrado mediante cirugía, dividir el huevo humano en dos y así obtener dos nuevos seres. Existe esta posibilidad más compleja y sin duda mas aterradora, capacitar a las células de cualquier parte del cuerpo del cuerpo de adultos artificialmente para crear huevos humanos y desarrollarlos para dar lugar a nuevos seres humanos idénticos a los que dieron las células."⁹⁸

La sexualidad es precisamente el mecanismo diseñado por la naturaleza para que los individuos no se repitan, sin embargo los científicos "progresistas" afirman que esto sería un verdadero avance para la humanidad puesto que se podría crear seres idénticos para trasplantes y así evitar definitivamente cualquier rechazo, también para sustituir a seres queridos que hubieran muerto o hipotéticamente puesto que esto sería a futuro, a los genios y personas sobresalientes, revivir por ejemplo a los grandes genios de la música.

⁹⁸ Anson Olat, Francisco. Se fabrican hombres. España Ediciones Rialp S.A., 1988 España pp. 97 y 98.

Afortunadamente todo parece indicar que tales experimentos se encuentran lejos de tener éxito en seres humanos, aunque la alarma ya está tocada; desgraciadamente la investigación ya se inició y sigue su curso. Se ha tenido éxito en ranas y parece ser que actualmente se está experimentando con simios.

"La energía nuclear o contaminación ambiental no supone para la humanidad los mayores peligros. Lo que los modernos biólogos o "ingenieros genetistas", como se les llama, tienen en sus manos, es aún más terrorífico. Hasta tal punto es cierto, que el año pasado la prestigiosa, Asociación de Medicina Americana Ama, ha lanzado un grito de alarma poniendo a los biólogos del mundo entero que interrumpan sus investigaciones en estos campos."⁹⁹

La partogénesis humana.

Otro tipo de clonaje humano es el de la partogénesis que consiste en manipular dos óvulos para que estos se fusionen y formen un cigoto sin la presencia de la célula masculina. Estas investigaciones desgraciadamente están bastante avanzadas gracias a un grupo de mujeres homosexuales que no contentas con extraer un óvulo de una, fecundarlo artificialmente y depositarlo en el útero de la otra y así obtener un hijo que será de los dos en cierto modo, decidieron eliminar por completo la participación masculina. Para ello financian una investigación que se realiza en los Estados Unidos en la que se trata de estimular a dos óvulos humanos y fusionarlos para crear un cigoto que dará siempre niñas. Primero se experimentó con ratones y las primeras ratoncitas en

99 *Ibid.* p. 99

1984 nacieron. Parece que en un futuro no muy lejano tendrán éxito con seres humanos.

Quimeras o seres medio humanos.

"Quimera es la mezcla de dos especies animales en una sola. Antes analizaremos las hibridaciones que son los embriones, que se implantan en úteros de animales, ahora trataremos con embriones medio humanos puesto que se han mezclado células fecundantes humanas, con células germinales de animales. Parece ser que las investigaciones de los hombres- simio están bastante avanzadas. El 16 de abril pasado, la Oficina de patentes del Departamento de Comercio Norteamericano anunciaba oficialmente que aceptaría las demandas para registrar nuevas formas de vida animal producidas por medio de la investigación genética. Pocos días después el antropólogo Brunetto Chiarelli se convertiría en el centro de una polémica al declarar al semanario *Expres*, que se estaban realizando experimentos, para conseguir un híbrido de hombre-chimpancé."¹⁰⁰

Ahora bien después de haber realizado un estudio de las diversas técnicas de reproducción asistida, consideramos necesario hacer hincapié que estas técnicas ya se llevan a cabo en México. y que es el Instituto Nacional de Perinatología el que va a la vanguardia en este tipo de investigaciones, no dejando a un lado los hospitales privados que también ya llevan a la práctica estas técnicas de reproducción con grandes éxitos,

100 *Ibid.* p.100.

Por lo que me permito transcribir y a modo de dar a conocer hasta donde estas técnicas ya son una realidad en nuestro país y no una fantasía, la investigación realizada por el Doctor Suárez del Puerto Horacio, acerca de los embarazos logrados en la unidad de reproducción asistida en el Instituto Nacional de Perinatología que abarca de Noviembre de 1989 a Enero de 1994.

"...El número de gestaciones logradas fueron una suma total de 47; 38 corresponden al procedimiento GIFT y 9 corresponden a la FIV

En el grupo de embarazos logrados por la GIFT, la mayoría de los embarazos se lograron en el primer intento del procedimiento, 31 de los embarazos fueron únicos, 4 fueron triples y 3 gemelares y 4 se encontraban en curso sin haber desarrollado hasta el momento complicación alguna:

De los 34 que ya habían finalizado, 23 fueron ya interrumpidos por vía abdominal (cesárea), a 8 se les practicó legrado, por cuadro de aborto a 2 se les realizó laparotomía y 1 presentó parto pretermino con producto inmaduro.

Del grupo de embarazos logrados por medio de FIV, los 9 embarazos fueron logrados en el primer intento del procedimiento, 2 se encuentran en curso sin complicación alguna hasta este momento, de los 7 que ya finalizaron 3 evolucionaron sin ningún problema y 4 presentaron alguna alteración, de ruptura prematura de membranas y amenaza de parto. Los

recién nacidos presentaron peso adecuado, de acuerdo a la edad gestional.¹⁰¹

Es claro que estas técnicas se perfeccionan a grandes pasos y que seguramente son un gran avance en materia de esterilidad, pero al margen de este logro, se encuentra también el hecho de su repercusión dentro nuestro marco legal.

101 Suárez del Puerto, Horacio. Técnicas de Reproducción Asistida. Revista del Instituto Nacional de Perinatología, México, 1993. pp. 16, 17 y 18.

CAPÍTULO IV.

MARCO JURÍDICO DE LA PROCREACIÓN ASISTIDA.

Los avances científicos cursan generalmente por delante del Derecho que se retrasa en su regulación, a las consecuencias de ellos. Este asincronismo entre la Ciencia y el Derecho origina un vacío jurídico respecto de problemas concretos que deben solucionarse, a fin de no dejar a los individuos y a la sociedad en situaciones determinadas de indefensión. Las nuevas técnicas de reproducción asistida han sido generadoras de tales vacíos, por sus repercusiones jurídica de índole civil y penal, como consecuencia de ello se precisa una revisión y valoración de cuantos elementos confluyen en la realización de las técnicas de reproducción asistida y la adaptación del Derecho ahí donde proceda.

A. EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO.

Esta rama del Derecho, la más amplia en atención a las materias de que se ocupa, pues sigue al ser desde su concepción y hasta después de su muerte, recibe grandes golpes en sus conceptos clásicos, con vista a la procreación asistida en el género humano.

Con ella se afectan o benefician las figuras relativas; al matrimonio, filiación y divorcio, como lo haré ver, refiriéndome de manera exclusiva al Código Civil del Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal.

El Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, no incluye disposiciones respecto de la

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Procreación Asistida, sencillamente porque los redactores del mismo no tenían conocimiento alguno del asunto.

Aunque en 1928, fecha de publicación del Código Civil Vigente en el Distrito Federal, era conocida ya en Estados Unidos de Norte América; Grecia, Alemania y otros países, la práctica de la procreación asistida, no presentaba los problemas que más adelante expondré, en virtud de que se encontraban las técnicas de procreación asistida en un periodo experimental. En cambio ahora, son utilizadas con mayor frecuencia y no dudo que en el futuro se sigan popularizando.

1. Matrimonio y divorcio.

En el presente trabajo, veremos las consecuencias jurídicas de las nuevas técnicas de procreación asistida dentro de dos figuras jurídicas; matrimonio y divorcio.

Matrimonio,

EL Código Civil de 1884 señala en su artículo 159:

"El matrimonio es la sociedad legítima de un sólo hombre y una mujer, que se une en un vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida."¹⁰²

De modo un tanto diferente, el Código Civil de 1928, en su artículo 147 dispone:

"Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta."¹⁰³

¹⁰² Batiza, Rodolfo, Las fuentes del Código Civil de 1928. Editorial Porrúa S.A. 1989 p. 256.

Se deduce de la lectura anterior que el matrimonio origina entre el marido y la mujer, las obligaciones especiales que son consecuencias de su estado de esposos, y considero que la perpetuación de la especie es uno de los fines primordiales del mismo, resulta lógico que el legislador de 28 (reformando parte de la definición que del matrimonio hace el 84) se haya preocupado porque entre los requisitos para contraerlo no se pactara ninguno contrario a este fin.

Habría que presuponer que las diferentes técnicas de procreación asistida, se nos presentan como un sustituto del medio idóneo para alcanzar éste y salvaguardar aunque sea indirectamente, la institución jurídica misma.

El artículo 156 del Código Civil en su fracción tercera nos dice;

"...Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio;

- III. El parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en la línea recta, ascendente o descendente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa."¹⁰⁴

Este artículo nos presenta un problema jurídico fundamental ya que como se recordara en el Capítulo Tercero, hablamos de la inseminación y fecundación heteróloga en donde se da la intervención de un tercero

103 Obregón Heredia, Jorge Código Civil Concordado para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal. Editorial Jorge Obregón Heredia México, 1993. p.37.

104 Ibid p. 38

ajeno a la relación conyugal ya sea como donante de semen o óvulo, trayendo como consecuencia que si en la práctica se permitiera servirse del mismo donante para múltiples inseminaciones o fecundaciones, además de la falta de registros confiables de la verdadera paternidad puede dar lugar a matrimonios inadvertidos entre hermanos y medios hermanos.¹⁰⁵

El artículo 162 del Código Civil a la letra dice:

"Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente."

"Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el esparcimiento de sus hijos, por lo que toca al matrimonio este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges."¹⁰⁶

Al igual que en párrafos anteriores, este artículo hace mención de los fines propios del matrimonio que, a saber y de acuerdo con la doctrina son fundamentalmente cuatro: En primer lugar la cohabitación (art. 163), en segundo término la fidelidad (señalada aunque indirectamente, en el art. 162), en tercer lugar el socorro (nuevamente en el artículo. 162) y en cuarto y último lugar la asistencia (los arts. 164, 165 y 168).

105 Escándalo en Quebec. M. Valois interrumpe una boda asegurando que los novios, Brigitte Teissier y Gerome Piveteau son hermanos, porque M. Valois donó su semen, con un intervalo de tres años, a los respectivos padres de éstos sin que entre ellos tuvieran conocimiento recíproco de dicha donación. Fuente Excélsior, 14 de octubre de 1984.

106 Obregón Heredia, Jorge, Loc. Cit. p.40.

Ahora bien, supongamos que una mujer casada hace uso de cualquiera de las técnicas de reproducción asistida, utilizando semen de un tercero sin el consentimiento previo de su esposo ¿estaría la esposa violando uno de los fines propios del matrimonio como lo es la fidelidad conyugal?

Divorcio

El artículo 267 del Código Civil en sus fracciones III y XI señala:

"...Son causas de divorcio:

III. La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;

XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves¹⁰⁷ de un cónyuge para el otro,..."

Analicemos por separado estas fracciones:

- **Fracción III:**

De acuerdo con el tratadista Joaquín Escriche la prostitución puede ser definida como: "El tráfico vergonzoso que una mujer hace de si misma".¹⁰⁸ Supongamos hora que en un matrimonio de escasos recursos económicos, el marido propusiera que su mujer fuera objeto de alguna de

¹⁰⁷ La jurisprudencia, señala que injuria comprende elementos de contenido variable, no previstos por la ley en forma casuística, por lo que pueden constituir injurias, la expresión, la acción, el acto, la conducta, siempre que impliquen, vejación, menosprecio, ultraje u ofensa.

¹⁰⁸ Escriche, Joaquín. Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia (México, editora e impresora Norbajacaliforniana, México, 1974. p. 1399.

las técnicas de reproducción asistida, utilizando semen de un tercero con el único fin de entregar posteriormente el producto de esa concepción a cambio de una enumeración pecuniaria o de otro tipo. ¿Podría entonces la esposa invocar esta fracción como causal de divorcio?. porque si bien es cierto que no nos encontramos en presencia de una relación sexual. ¿Consideraría el juez esto como una propuesta para prostituirla? y siendo así ¿Como resolvería?

- Fracción XI

Situándonos en el mismo caso que el anterior ¿No podría el juez considerar como una injuria grave, que el esposo pretenda que su mujer sea objeto de cualquier técnica de procreación asistida heteróloga, sin haber solicitado antes su consentimiento? o bien, cambiando un poco el ejemplo podría el esposo invocar esta fracción como causal de divorcio si su esposa permite que se le insemine o fecunde con semen de un tercero sin su consentimiento previo, y con el único ánimo de ofenderlo?"¹⁰⁹

2. *Paternidad y filiación.*

"En sentido gramatical paternidad es la relación que se da entre padres e hijos, o sea entre generantes y generados.

"Filiación en sentido jurídico significa la relación permanente que existe entre padres e hijos, que produce efectos jurídicos, consistente en deberes, obligaciones y derechos familiares.

109 Obregón Heredia, Jorge. Loc. Cit. p. 62.

La paternidad y la filiación no siendo sinónimos, se refieren a la misma relación humana que existen entre procreantes y procreados, desde un ángulo se contempla una paternidad, que afecta a los padres y madres y desde el otro como filiación, que hace referencia a los hijos."¹¹⁰

Ahora bien, cabe señalar que el legislador del 28, a fin de establecer la paternidad partió del supuesto de que la reproducción humana, solamente tiene lugar de manera normal, es decir, mediante la realización del ayuntamiento sexual entre el hombre y la mujer, cuya consecuencia es el embarazo de ésta, que culmina con el parto, un esquema tan sencillo, llevaba también a conclusiones simples; la mujer que dio a luz es la madre, el que fecundo es el padre.

Actualmente ya no resulta tan fácil establecer legalmente la paternidad y por ende la filiación. Como el apareamiento ya no resulta necesario para la fecundación, los preceptos que se apoyaron en él para establecer la paternidad son inoperantes en algunos casos, ante las técnicas de procreación asistida.

Las presunciones que la legislación civil en vigor establece sobre la paternidad y la hipótesis en que permite el desconocimiento o la contradicción de ésta y su investigación, actualmente con la practica de las nuevas técnicas de procreación pueden resultar inapropiadas, además de que no contemplan, el desconocimiento o contradicción de la maternidad. "La disociación entre la madre gestante o biológica y la genética, pone prueba el mérito de los preceptos legales que hoy

¹¹⁰ Chávez, Aencio Manuel F. La familia en el derecho. Relaciones jurídico paterno filiales. Editorial Porrúa. México, 1989 p.3.

atribuyen la maternidad la mujer que dio luz por aplicación del principio *mater semper certa est.*"¹¹¹ lo que puede conducir a la atribución de un estado familiar que genéticamente no les corresponde a los padres o a los hijos, o a negarles una filiación que en pluralidad les pertenece.

A fin de reconsiderar si nuestra legislación civil, puede dar respuesta a las expectativas que surgen con la práctica de estas técnicas de reproducción, considero necesario hacer un análisis del Libro Primero, Título Séptimo, "De la paternidad y la filiación", Capítulo I, "De los hijos de matrimonio."

El artículo 324 textualmente dice:

"...Se presumen hijos de los cónyuges:

- I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio.
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes de la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de la nulidad del contrato, muerte del marido, o del divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial."¹¹²

"La ley mexicana siguiendo atento a las Siete Partida como a la Codificación Napoleónica, siempre ha considerado a todo nacimiento de un descendiente en razón directa de una unión sexual, y para sancionar tal acontecimiento, el advenimiento a la luz de este mundo, ha dicho que

¹¹¹ Villalobos, Olivera, Rogelio. Reproducción Asistida en humanos. Revista de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de México, 1990. p. 90.

¹¹² Obregón Heredia, Jorge Loc. Cit. p. 131.

los que nazcan de un matrimonio después de ciento ochenta días de celebrado tal, son descendientes legítimos."¹¹³

Pero al aparecer la práctica de las nuevas técnicas de procreación asistida, en donde una mujer casada, cuyo esposo es estéril, se hace inseminar o fecundar con esperma de un tercero, naciendo un ser después de los ciento ochenta días que marca la ley, ¿es legítimo? será ¿ilegítimo?

En caso de la fracción segunda del mismo artículo, presenta problemas semejante: piénsese que una vez fecundada o inseminada heterológicamente la esposa, se separa del cónyuge, se nulifica el matrimonio, o muere su esposo, nace la criatura antes de los de los trescientos días ¿es legítimo o no lo es?

También en este capítulo se encuentra el artículo 325 que dispone:

"Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento."¹¹⁴

Considero este artículo, como el que más conflictos presentan ante estos descubrimientos biológicos.

Se ve con toda claridad como el legislador del 28 estimó que solamente, puede concebirse un nuevo ser por la unión del acceso carnal entre un hombre y una mujer que lejos estaba de pensar que con los nuevos

113 Villalobos Olvera, Rogelio Loc Cit p, 91.

114 Ibid

adelantos científicos en materia de reproducción humana, esta prueba exigida por el, se desplomaría completamente, En razón que es un hecho comprobado que el semen se puede conservar con todas sus facultades reproductoras y fecundantes durante un tiempo considerable, claro esta con determinadas condiciones, así como transportar de un lugar a otro, con los medios de comunicaciones tan rápidos que hoy se conocen, y si es así, ya la prueba de que habla la ley, no tendrá la misma fuerza que antes de que se tuviera conocimiento de las técnicas de reproducción.

"Supongamos que un esposo se encuentra en la ciudad distante de su esposa y envía su semen a su cónyuge para que sea inseminada o fecundada, si después por azares de la vida, se arrepiente y no quiere tener la responsabilidad de ese hijo, puede invocar ¿el art. 325? ¿estaría en estrecha concordancia con la ley?, en realidad, ¿habrá justicia en tal actuación del marido?, ¿a cuantos hijos podría dejárseles sin padre con tal artículo?" 115

El artículo 326 del Código Civil, es otra faceta de la situación del anterior, y dispone:

"El marido no puede desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son los hijos del esposo, a no ser que en el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que le precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa." 116

115 Vera Hernández, Julio Cesar. Inseminación Artificial en Seres Humanos. Incidencias Jurídicas. Revista Foro de México, 87. México, Junio 1960 pp. 82, 83 y 84.

116 Obregón Heredia, Jorge. Loc. Cit. p. 131.

Se vuelve a lo mismo, por lo que respecta al acceso carnal, con las nuevas técnicas médicas, puede el marido mandar a inseminar o fecundar a una mujer con su propio semen, y a la vez estar alegado del hogar conyugal durante los diez meses anteriores al nacimiento del ser, y por lógica, no pudo tener acceso carnal con su esposa, ¿puede acogerse al beneficio de este artículo en caso de que quiera desconocer a un hijo?, beneficia esto a la padre o a la madre, o al hijo?, ¿se violenta la ley si se hace esto? o por lo contrario, ¿solamente se está cumpliendo con ella?

El artículo 327 es otro de los íntimamente afectados, con las nuevas técnicas dice:

"El marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días contados, desde que, judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad, pero la mujer, el hijo o el tutor de éste, puede sostener en tales casos que el marido es el padre." ¹¹⁷

La segunda parte del artículo es la que a mi entender es la clave del asunto, cierto que hay separación material de los cuerpos, pero por conducto de un médico manda el marido a inseminar o fecundar con su propio semen a su esposa, y nace un ser después de los trescientos días, pero aparenta el marido que no es de él, ¿se podrán acoger con mayor fuerza, tanto la mujer, el hijo o el tutor de éste a la segunda parte del artículo de referencia? o ¿necesitaría otras pruebas más difíciles de presentar?

117 Ibid.

Ahora bien, como he venido señalando nuestra Código Civil, nos habla de el desconocimiento o contradicción de la paternidad, en virtud de que la paternidad se presume, salvo prueba e contrario, en cambio la maternidad es un hecho, que queda probando con el alumbramiento.

Pero actualmente, con la práctica de las nuevas técnicas, cabe la pregunta, ¿se dará el caso en que la madre, pueda desconocer su maternidad?, estos supuestos se pueden presentar cuando el óvulo implantado a la esposa, es diferente a su propio organismo, cuando una mujer se presta a albergar en su vientre un embrión no fecundado con su propio óvulo. En nuestra legislación no se contiene disposición alguna sobre el particular, se trata en varios artículos sobre el desconocimiento o contradicción de la paternidad, más no hay referencia a la posibilidad de que la madre pueda contradecir su maternidad, lo que se acentúa al prevenir el artículo 60 del Código Civil, que "La madre no tiene derecho a dejar de reconocer a su hijo."

Dado que las técnicas de procreación ya son un hecho en nuestro país, ha llegado desde mi punto de vista, el momento, de delimitar cuando deben de ser permitidas y bajo que condiciones.

No es que el derecho se ponga a los avances de la ciencia, sino que debe avanzar en forma simultánea al desarrollo de la misma, pero siempre con la finalidad de proteger a la sociedad, por lo que considero necesario que estas técnicas, cuando haya de por medio un matrimonio, solo deben ser permitidas, utilizando elementos genéticos de los consortes.

No violando el derecho que tiene el ser humano a decidir de manera libre y espontánea sobre el número y esparcimiento de sus hijos, sino tan sólo

salvaguardando el derecho que tienen los consortes de decidir de común acuerdo, sobre la perpetuación de su especie.

Después de haber limitado la práctica de estas técnicas de reproducción, con elemento genético de los consortes, resulta relevante destacar la importancia del porque de esta medida, que en forma general sería proteger la figura del matrimonio, los fines del mismo, el derecho del concebido, por estas técnicas a conocer su origen, así como detener el uso indiscriminado de estas técnicas, que podrían dar lugar a un uso denigrante del material genético y cuerpo humano.

Lo anteriormente señalado, traería a mi parecer la necesidad de celebrar un contrato, con la finalidad de proteger a los hijos concebidos por medio de esta técnicas, que no de lugar a la contradicción o desconocimiento de la paternidad, por cualquier otro medio de prueba. Contrato que tendría las siguientes características:

En cuanto a la naturaleza jurídica podemos señalar que se trata de un acto jurídico formal ¿Porque estimo se trata de un acto jurídico?. Dentro de la forma normal de convivencia conyugal se da el débito carnal que es uno de los deberes jurídicos que integran la relación jurídica. "Esta relación sexual hombre - mujer no es acto jurídico por la simple razón de que es parte de una relación jurídica; está relación jurídica se genera del acto jurídico boda, cuyo objeto es la comunidad íntima de vida que como un estado jurídico se establece."¹¹⁸ La inseminación natural es pues consecuencia de un deber Jurídico. No sucede lo mismo con la

¹¹⁸ Chávez, Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. México, Editorial Porrúa 1985. p. 39.

inseminación o fecundación artificial, al no ser el embarazo consecuencia del coito, por esterilidad o un defecto orgánico, se recurre a medios externos, donde interviene el ingenio humano y la ayuda de terceros como es la colaboración del médico. El débito carnal se da entre los consortes, pero no es fecundante. "Se requiere actividades distintas de las naturales y la aceptación de esas manipulaciones técnicas es lo que le da el carácter de acto humano con propia definición, que si bien tiene la misma finalidad, esta se logra en forma distinta a la natural."¹¹⁹

Como señala se trata de un acto jurídico familiar de naturaleza irrevocable, la irrevocabilidad le viene de la inseminación o implantación de óvulo fecundado. Antes de ese momento puede haber revocación del marido o de la mujer, lo que debe hacerse de manera fehaciente y por escrito. La irrevocabilidad deriva de la filiación que se genera, a semejanza de la definición que es la concepción por medios naturales, al estar prohibido el aborto (salvo los casos de excepción que señala el Código Penal), y al estimar nuestra legislación que el concebido tiene personalidad jurídica.

Su objeto es crear una relación jurídica paterno-filiar; con los correspondientes deberes jurídicos personales, las obligaciones y derechos patrimoniales y la obligación y responsabilidad del médico que participa en la práctica de las técnicas de procreación asistida.

"Este contrato requiere la forma escrita y para comprobar el consentimiento se requerirá la firma y huella digital de las partes, con el último requisito se pretende evitar el desconocimiento de la firma o

119 . Ibid.

falsificación de la misma, toda vez que la huella digital ratifica o corrobora, el consentimiento que se hace manifiesto con la firma.

Es bilateral, y dentro de esta clasificación es plurilateral, porque intervienen ambos cónyuges y el médico que realiza la operación.

En relación a la capacidad, vicios del consentimiento y el objeto y motivo lícitos, se seguirá las reglas generales..."¹²⁰

Sin embargo, este especial contrato requiere adicionalmente otros elementos, que son: Sólo podrá ser celebrado por quienes estuvieran casados, deberán adicionalmente, exigirse exámenes de salud física y psíquica de ambos consortes.

"Se ha discutido por algunos autores la conveniencia de no celebrar contrato escrito, por no dejar rastro o huella de la inseminación o implantación artificial, argumentando que a través de presunciones que en el derecho actual existe, es posible comprobar la filiación, aún cuando la concepción sea artificial. Sin embargo, a fin de evitar conflictos, dejar evidente el consentimiento de los cónyuges y la responsabilidad del médico, el contrato lo considero indispensable, no tiene nada de vergonzoso o degradante acudir a medios artificiales para ayudar a la naturaleza a cumplir una función procreadora, además de que se asegura la filiación del concebido y la imposibilidad de contradecir la paternidad."¹²¹

¹²⁰ Villalobos Olvera, Rogelio. Reproducción Asistida en Humanos. Revista de la Universidad Autónoma de Chihuahua. No. 33. México, 1993.

¹²¹ Chávez Asencio, Manuel F. Loc. Cit. p. 49.

B. EN EL DERECHO PENAL MEXICANO.

El Código Penal Mexicano de 1931 al igual que el Civil, no previó, nada sobre la procreación asistida, por no ser una realidad latente, pero es a fines de este siglo donde ya en nuestro país, se llevan a cabo estas técnicas y dado los resultados satisfactorios, resulta pertinente ver algunos aspectos en los que esta práctica tiene incidencia, con los delitos tipificados por nuestra legislación.

Así, como la necesidad de regular en el Código Penal Vigente la conducta, que se genere con la práctica, de estas técnicas de procreación, teniendo como fin, tutelar el bien jurídico, "la libertad procreacional". Entendida esta como el derecho que tiene el ser humano a decidir de manera libre, consciente acerca de la perpetuación de su especie, mismo que se encuentra regulado en el artículo 4o. Constitucional.

1. *Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual.*

Violación

El delito más grave contra la libertad sexual, es la violación.

"El delito de violación carnal, dice, Maggiore, consiste en obligar a alguno a la unión carnal, por medio de la violencia o amenazas.

"Fontán Balestra considera, que en su acepción más amplia a la violación como el acceso carnal logrado contra la voluntad de la víctima.

Para Soler el delito de violación es el acceso carnal con la persona de uno u otro sexo ejecutado mediante violencia real o presunta." ¹²²

"Por violación debemos entender, la cópula realizada en persona de cualquier sexo, por medio de la vis absoluta o de la vis compulsiva." ¹²³

La forma típica de la violación hállase descrita en el artículo 265 del Código Penal, en el que se sanciona; "Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años.

Para los efectos de este artículo se entenderá por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo.

Violación, elementos del delito de violación.

El delito de violación, tiene como elementos esenciales; a) La consumación de la cópula. b) El empleo de la violencia para efectuar el acto, ya sea por el uso de medios físicos o por coacción moral, y c) que la cópula realizada con violencia se verifique con ausencia de la voluntad del sujeto pasivo.

Amparo Directo 2845/66, Ladislao García. 30 de Noviembre de 1969. 5 votos. Ponente; Carlos Franco Sodi. Volumen XXI, Segunda Parte, p. 218.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que, "...en el delito de violación el elemento cópula debe tomarse en su más amplia

¹²² Porte Petit Candaudap. Celestino. Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Violación. p.12.

¹²³ Ibid.

acepción, o sea cualquier forma de ayuntamiento o conjugación carnal, normal o anormal, con eyaculación o sin ella y en la que haya habido la introducción sexual por parte del reo, aún cuando no haya llegado a realizarse completamente." ¹²⁴

"En orden a la conducta el delito de violación es un delito de acción, unisubsistente o plurisubsistente. Por lo que respeta al resultado, es de mera conducta, instantáneo, de lesión y no de peligro, porque al realizarse la cópula violenta se lesiona el bien jurídico tutelado por la ley.

Tipicidad.-La adecuación de la conducta al tipo descrito por el artículo 265 del Código Penal.

El bien jurídico penalmente tutelado es la libertad sexual.

Sujeto activo.- No se requiere calidad alguna en el sujeto activo, puede ser hombre o mujer.

Sujeto pasivo.- El sujeto pasivo del delito de violación puede ser el hombre o la mujer, dada la redacción del precepto legal.

Objeto material. Si las conductas del sujeto activo, en este delito, recae sobre persona de cualquier sexo, el objeto materia tendrá que ser el hombre o la mujer, según el caso concreto.

Antijuridicidad.- Celestina Porte Petit explica que la conducta en la violación será antijurídica cuando, siendo típica, no existe una causa de

¹²⁴ Semanario Judicial de la Federación. XII. p. 89 Segunda Parte. Sexta Época. Citado por Porte Petit Candaup, Celestino. p. 15 y 18.

licitud, en caso de que proceda. El autor mencionado considera que en éste delito no se da ninguna causa de licitud-

Imputabilidad.-Capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal.

Culpabilidad.- Se comete en forma dolosa.

Punibilidad.-El Código Penal señala la pena de 8 a 14 años de prisión al que cometa el delito de violación.(art. 265)

3 a 8 años de prisión al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier instrumento distinto al órgano viril masculino.(art. 265 párrafo 3o)

Violación equiparada de 8 a 14 años de prisión, si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y máximo de la pena se aumentarán en una mitad (art. 266).

La pena prevista por la violación se aumentara hasta en una mitad en su máximo y mínimo. (art. 266 bis)..."¹²⁵

Ahora bien, después del análisis que hicimos acerca del delito de violación, es necesario determinar que esta figura descrita por nuestro Código Penal, no podría configurarse dentro de la práctica de la procreación asistida, en virtud que desde nuestro punto de vista. no se configurar la violación, dado que en ningún momento se produce la cópula o ayuntamiento carnal, ya sea por medio de violencia física o moral.

¹²⁵ Porte Petit Candaudap, Celestino. Loc. Cit. p.49.

En la procreación artificial; ya sea homóloga o heteróloga, no hay la introducción del miembro viril en el cuerpo de la paciente, haciendo imposible que se encuadre esta conducta en el delito de violación.

Hay que tomar en cuenta que si a través de cualquiera de las técnicas de procreación asistida una persona hace inseminar a una mujer sin su consentimiento, haciendo uso de la violencia física o moral estaremos ante la presencia de un delito, que atenta contra la libertad de procreación de la mujer, pero no ante la figura de la violación.

La estructura o composición típica de la violación, cancela cualquier posible equiparación con la procreación asistida. Este ilícito requiere, según algunos países de nuestro continente de un acceso carnal (Código de Ecuador art. 512, Argentina art. 119, Cuba art. 253). En nuestro Código Penal Vigente, es el mismo acto carnal, por lo que se puede concluir que la introducción del semen a la vagina, al útero, o a las trompas de falopio o al interior del peritoneo, usando cánulas, jeringas o cualquier otro instrumento quirúrgico, pueda equipararse al acto sexual.

Si bien es cierto, el párrafo final del artículo 265 señala: "...Se sancionará con prisión de tres a ocho años, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido". No se refiere a la procreación asistida toda vez, que considero que hace referencia a la introducción de cualquier objeto que tenga como finalidad atentar contra la libertad sexual e integridad del individuo con fines lascivos, en cambio en la procreación el fin no es lascivo, sino simplemente ayudar a que a través de medios artificiales, haya lugar a la procreación, no dejando a un

lado el ilícito que se configuraría al que sin consentimiento y por medio de la violencia física introduzca semen o embriones, a una mujer sin su consentimiento imponiéndole una maternidad no deseada.

Diferencias.

1. La cópula en la violación, consiste en la cópula, que puede ser normal o anormal.

En la procreación asistida no existe la cópula.

En la violación el sujeto pasivo puede ser el hombre o la mujer, es decir, la violación es un delito impersonal en cuanto al sujeto pasivo.

En la procreación asistida el sujeto pasivo necesariamente tiene que ser mujer. Es un delito personal con respecto al mismo sujeto pasivo.

El bien jurídico penalmente tutelado en el delito de violación es la libertad sexual.

En la procreación asistida el bien jurídico objeto de la tutela penal es la libertad de procreación.

El delito de violación se persigue de oficio.

La procreación asistida, sería un delito perseguible de oficio, pero distinto a la violación.

La consumación en la violación se realiza con el ayuntamiento carnal.

La consumación en la procreación asistida se realizaría, mediante la introducción de gametos o embriones en la vagina o útero de la mujer respectivamente.

.Adulterio

"(Del lat, *adulterium*). En lenguaje común se entiende que es la relación sexual de una persona casada con otra que no es su cónyuge." ¹²⁶

No es posible dar una definición de lege lata, toda vez que el artículo 273 del Código Penal establece: "...Se aplicará prisión de hasta dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal ó con escándalo". "De la anterior disposición legal se ha derivado una fuerte discusión en la doctrina penal mexicana, en la que podemos distinguir dos corrientes. Un sector afirma que se viola el principio de legalidad consagrada en el artículo 14 Constitucional, toda vez que no se contiene en el artículo citado la descripción exacta de la conducta que se prohíbe, sino únicamente establece la punibilidad aplicable a los culpables de adulterio, frente a esta corriente de pensamiento se erige otra que sostiene el punto contrario, para la cual el adulterio, de acuerdo al Código Penal se configura, precisamente con un adulterio verificado en el domicilio conyugal con escándalo. De acuerdo con la teoría del tipo y de la tipicidad, el tipo contiene siempre una descripción de la conducta que se prohíbe y para la cual establece una conminación penal, y la adecuación de la conducta al tipo (tipicidad) solamente puede establecerse si de este último contiene una descripción minuciosa de aquella, como el artículo

¹²⁶ Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo I. "Instituto de Investigaciones Jurídicas", UNAM. México, 1982.

273 del Código Penal no describe una conducta que se prohíbe, es que se plantea en la doctrina el problema de violación al principio de legalidad.

El adulterio según González Blanco es "la conjunción carnal ¹²⁷ voluntaria entre hombre y mujer, estando uno o ambos unidos por un vínculo matrimonial, con un tercero." ¹²⁸

Una vez asentado el problema doctrinario en torno al delito de adulterio pasaremos a analizar sus elementos:

- a) Un acto de adulterio, es decir la infidelidad de un casado consistente en una relación carnal -coito- con persona ajena a su matrimonio.
- b) Que el acto se cometa en condiciones de grave afrenta, estos son: 1.- En el domicilio conyugal, se emplea la frase, no en el concepto técnico civil en ocasiones ficticio de domicilio, sino en un sentido vulgar de residencia o lugar permanente o transitorio de convivencia de los dos cónyuges; esto, por lo que el legislador penal contempla es la injuriosa y despectiva actitud de introducir al partícipe en la habitación común. 2.- Con escándalo, es decir acompañado el estado o acto adulterino de grave publicidad afrentosa para el cónyuge inocente. ¹²⁹

¹²⁷ El acto carnal puede consistir en el concubito natural o en el realizado contra natura entre hombre y mujer, para la existencia del acto adulterino, es suficiente dicho acceso carnal, con independencia de su perfección fisiológica y de pleno agotamiento.

¹²⁸ Citado por Martínez Roaro, Marcela. Op. Cit. p. 269.

¹²⁹ Cfr. González de la Vega, Francisco. Código Penal Comentado. Editorial Porrúa. México, 1987. p.387.

Se ha alegado que el adulterio debe reprimirse penalmente porque quebranta la fidelidad conyugal, estimándose que ésta es el bien jurídico lesionado por la infracción.¹³⁰

En cuanto a la conducta es un delito de acción y unisubsistente. El artículo 278 del Código Penal establece que sólo se castigará el adulterio consumado. El adulterio es un delito instantáneo que se consuma 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.

En cuanto al resultado es un delito formal, instantáneo y de daño.

“Tipicidad.- La adecuación de la conducta al tipo, descrito por el artículo 277 del Código Penal.

Objeto jurídico.- La fidelidad sexual prometida por virtud del matrimonio y la moral pública.

Los autores materiales o sujetos activos del delito son los protagonistas del acto carnal ilícito.

Sujeto pasivo o ofendido es el cónyuge burlado.

Antijurídico.-La ejecución de la cópula transgresora de las normas matrimoniales.

Imputabilidad.- Capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal.

¹³⁰ Ibid.

Culpabilidad.- El maestro González de la Vega explica que como todos los delitos que tienen por objeto el desahogo ilícito de la lubricidad, el adulterio no admite jurídicamente su comisión imprudencia o culposa. El dolo radica, para los protagonistas en la consciente ejecución de la cópula transgresora de las normas matrimoniales.

Punibilidad.- Prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años.(art. 273 del C.P.)¹³¹

No obstante cuando el contexto legal no define el delito de adulterio acontece que la doctrina y la jurisprudencia son quienes definen o determinan los elementos que lo integran y es por dicha razón que las corrientes doctrinales se han enfrentado al pretender averiguar si en la reproducción asistida tiene cabida la materialidad del delito de adulterio. Es de rancio abolengo y de definida trayectoria el concepto tradicional que en la materia proviene el Derecho Canónico y del Derecho Común, considerando la conjugación carnal como elemento substancial del adulterio, Carrará así lo supone y lo mismo Bindin.¹³²

Han surgido así algunas concepciones que a mi juicio, denotan clara influencia civilista para relegar a sitio secundario o de plano ignorar, el contenido sexual del adulterio, y que califican dicho delito, en esencia como un atentado contra la misión de la propagación de la prole, fin primordial del matrimonio.

¹³¹ González de Vega, Francisco. Loc. Cit. p. 387.

¹³² Citado por Carrancá y Rivas, Raúl. El Drama Penal. Editorial Porrúa. México, 1992. p. 351.

"Carrancá y Rivas sostiene que hay una grave confusión en la materia, por quienes equiparan la reproducción asistida heteróloga con el adulterio, y pretenden que sea constitutiva de dicho delito, comparten en realidad la opinión del Maestro Lener quien considera evidente que esta clase de reproducción asistida, en cuanto inflige es su más típico y seguro alcance el principio que mantiene la unidad incluso biológica, de la sociedad conyugal, violando plenamente el orden jurídico matrimonial constituye adulterio. Pero este punto de vista me parece equivocado porque no es posible, ni ontológicamente ni morfológicamente, separar el adulterio de su naturaleza sexual la que no le corresponde, de ninguna manera a la materialidad de la procreación asistida. No hay duda a mi juicio, de que dicha procreación se distingue por el elemento de la genitalidad desapareciendo por completo la sexualidad. Se ha observado con evidente razón que los adúlteros, por ejemplo, incluso huyen la posibilidad de la genitalidad poniendo todos los medios a su alcance para sacrificar la procreación. No deja de tener razón Limencelli, desde luego cuándo arguye que en la procreación asistida hay una ofensa al tálamo unida a la profanación de la fecundación diversa de la dispuesta por la naturaleza (se entiende que en la procreación asistida heteróloga). Pero eso no quiere decir que la procreación asistida sea equiparable al adulterio, querrá decir, en cambio que la procreación artificial heteróloga debe sancionarse como constitutiva de un delito con aquéllas características." ¹³³

Contra el criterio de identificar la procreación asistida heteróloga, el delito de adulterio ha protestado gran número de autores, Valentini sostiene la

133 Ibid.

tesis de la que la procreación asistida es ontológicamente distinta del adulterio, porque aquello que origina la acción del sujeto activo no es la satisfacción del instinto sexual sólo el deseo genitilidad.

"Valentini, dice que la procreación asistida heteróloga debe ser delito distinto del adulterio, morfológicamente hablando, porque no sólo supone sino excluye categóricamente la presencia física actual in sexo et in corpore de varón distinto del marido. "La fecundación artificial in vitro, no puede ser asimilada al delito de adulterio sin infringir las fundamentales garantías de aplicabilidad del Derecho Penal consagradas en el artículo 1o. de este código (se refiere al principio de legalidad), o sea a la máxima nullum crimen poena sine lege, se vulnera flagrantemente cuando se pretende identificar la reproducción artificial con el adulterio. Al respecto el artículo 14 de la Constitución mexicana dice: "en los juicios del orden criminal que da prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata", Y en el artículo 7 de nuestro código Penal, manteniendo el mismo principio de legalidad, prescribe al pie de la letra; "Delito es el acto o omisión que sancionan las leyes penales." ¹³⁴

Pisapia, afirma que "La reproducción heteróloga no puede ser adulterio porque la objetividad jurídica de este delito no está en la fecundación sino en la violación del derecho a la exclusividad sexual del cónyuge respecto del otro cónyuge," ¹³⁵ cabe decir como sabiamente observa Cuello Calón, que tanto la doctrina antigua como la de nuestros días - salvando algunas excepciones - proclama la naturaleza sexual del adulterio. Cuello sintetiza

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Ibid. p.358.

muy bien este criterio cuando afirma textualmente lo siguiente; "Los adúlteros sólo persiguen la satisfacción del instinto sexual, no desean engendrar hijos, sino más bien evitar la concepción. Nada más contrario a la sexualidad que la aplicación de las técnicas de procreación asistida, con su apariencia de intervención quirúrgica, con jeringuillas, inyecciones cánulas, gasa antisépticas, y otros accesorios quirúrgicos. No es posible que quede subsumida en el tipo penal de adulterio " 136

Ahora bien la procreación asistida homóloga, debidamente reglamentada es admitida por la generalidad de la doctrina y en cuanto a su posible falta de reglamentación ya vimos que no debe subsumirse en el tipo penal de adulterio correspondiendo, por otra parte a un comportamiento jurídico cuando ambos cónyuges están de acuerdo en su práctica. el verdadero problema surge frente a la procreación asistida heteróloga.

Diferencias

En el delito de adulterio existe la cópula.

En la procreación asistida no existe la cópula.

Para que se tipifique el delito de adulterio, debe realizarse en el domicilio conyugal o con escándalo.

En la procreación asistida puede realizarse en cualquier lugar y sin escándalo, es decir que carece de referencias espaciales.

136 Cfr. Matrimonio. Federa Soninyale e Inzeminazine Artificiale, en Civiltà Catalóca, Junio 1959. p. 76.

En el delito de adulterio es presupuesto indispensable que por lo menos una de sus progenitores, en el momento del acto, esté unido en matrimonio legítimo.

En la procreación asistida el sujeto pasivo personal (la mujer) puede ser soltera, viuda o divorciada.

En el adulterio el objeto jurídico penalmente tutelado es la fidelidad conyugal y la seguridad del orden matrimonial.

En la procreación asistida el bien jurídico tutelado, es la libertad procreacional.

2. Delitos contra la vida y la integridad corporal

Lesiones

Nuestro Código penal acepta íntegramente la moderna concepción del delito, al definirlo, en el artículo 288, en los siguientes términos:

"Bajo el nombre de lesiones se comprende no solamente las heridas, escoriaciones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración de la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano si esos efectos son producidos por una causa externa."

Porte Petit, define el delito de lesiones en los siguientes términos:

"La lesión consiste en todo daño en el cuerpo o cualquier alteración de la salud, producida por un causa externa."¹³⁷

¹³⁷ Porte Petit Candaudap, Celestino. Dogmática sobre los Delitos en Contra de la Vida y la Salud Personal. Editorial Porrúa. México, 1989, p. 402.

Elementos del delito de lesiones,

1. "Alteración de la salud, la útil y redundante enumeración ejemplificada de daños usada por el texto, se condensa en la frase legal toda alteración en la salud, lesión es cualquier daño, interior o exterior, en el cuerpo, en la salud o en la mente del hombre, el objeto de la tutela penal es la protección de la integridad humana. Se distinguen tres categorías de daños; a) Lesiones externas; traumatismos y heridas traumáticas con huellas materiales en la superficie del cuerpo, perceptibles por la simple observación de los sentidos, b) Lesiones internas, daños tisulares o viscerales, heridas no expuestas al exterior, enfermedades, envenenamientos, c) lesiones psíquicas y nerviosas.
2. "Causa externa. La lesión debe ser efecto de una actividad humana, ajena al sujeto pasivo." ¹³⁸

"En cuanto a la conducta se puede cometer por acción o omisión.

En cuanto al resultado es un delito material, ya que se consuma, en el momento que se realiza el daño o se altera la salud,

Tipicidad.-Adecuación de la conducta al tipo descrito en el art. 288 del Código Penal.

El bien jurídico.- Tutelado en el delito de lesiones, es el interés de proteger la salud e integridad física del hombre.

¹³⁸ Ibid.

Sujeto activo.- Es la persona física que causa el resultado. Sólo el hombre puede ser sujeto activo del delito de lesiones.

Sujeto pasivo -Del delito de lesiones es cualquiera que tenga la calidad de hombre, desde el nacimiento, hasta la muerte, es decir la ley penal tutela la integridad corporal del hombre, desde el momento en que el producto de la concepción se separa del claustro materno, hasta antes de la muerte.

Antijuridicidad.- Lo contrario a derecho.

Imputabilidad.- Capacidad de querer y entender, en el campo del derecho.

Culpabilidad.- Las lesiones se puede cometer en forma dolosa o culposa.

Punibilidad.- 3 días a 4 meses de prisión o de 10 a 30 días multa (art. 289), de 4 meses a 2 años de prisión o de 60 270 días multa (art. 289 parte final) de 2 a 5 años de prisión (de 3 a 5 años de prisión y multa de trescientos a quinientos pesos (art. 291),de 5 a 8 años de prisión (art. 292 párrafo I),de 6 a 10 años de prisión (art. 292 párrafo II),de 3 a 6 años de prisión (art. 293)."¹³⁹

Al entrar en el estudio de la procreación asistida, pensamos que se puede configurar el delito de lesiones, por lo que precedemos a analizar esta conducta.

Empecemos señalando que la conducta se puede derivar de la obtención de gametos humanos, y al entrar a este tema brota de inmediato la

¹³⁹ Ibid.

interrogante, de si los espermatozoides y óvulos humanos, ¿son tejidos corporales?

Para la obtención de estas sustancias orgánicas ¿es necesario realizar maniobras que alteren la integridad física o funcional de las personas?, La cesión voluntaria de este material genético, ¿debe su justificación y reglamentación a las nuevas leyes sobre transplantes de órganos y tejidos humanos?

A propósito de la primera interrogante, dice Bergoglio "tejidos humanos son las diversas sustancias que integran nuestro organismo, que se caracterizan por ser un conjunto homogéneo de células que realizan una misma función, sin embargo agrega, las partes del cuerpo que pueden ser material de disposición, exigen una distinción previa, según que los diferentes materiales, tejidos o elementos anatómicos, puedan o no ser reconstruidos espontáneamente por el organismo humano. Este puede renovarse naturalmente en una serie de elementos o materiales anatómicos tales como los cabellos, la leche, el semen o la sangre."¹⁴⁰

Nosotros en cambio no creemos que todas las sustancias que "están" o "procedan" del cuerpo humano. "son" tejidos humanos en términos funcionales, aunque son producto del mismo metabolismo en que se alojan, e independientemente de su carácter regenerable.

El semen y la sangre, por ejemplo son tejidos celulares con funciones propias, se producen y reproducen en el organismo una los contienen, son hijos, pues del mismo padre, pero poseen distintas funciones

¹⁴⁰ Cfr. Soto La Madrid, Miguel Angel. Biogenética, Filiación y Delito. Editorial Astrea. Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires, 1990. p. 194.

biológicas y una diversa relación con la estructura y funciones corporales, por lo que no pueden ser colocados, como si fueran iguales, en una misma categoría.

La sangre es un tejido orgánico cuyas funciones están íntimamente ligadas al mantenimiento de la vida y la salud, los espermatozoides y también el ovocito, en cambio constituyen tejidos orgánicos unicelulares que no realiza una actividad intracorpórea, ya que son el producto de glándulas de secreción.

Por eso cuando se habla de órganos y tejidos humanos, condicionando su transplante o transfusión a ciertos requisitos protectores de la integridad corporal y la salud de seguro no se está haciendo referencia ni a la leche materna, ni al semen, pues éstos entre otros muchos compuestos celulares, son en realidad, productos orgánicos, cuya extracción no comprometen ni a la estructura ni las funciones del cuerpo humano.

La ley general de salud, vigente en la República Mexicana desde 1984, dice "...producto es todo tejido o sustancia excretada por el cuerpo, como resultante de los procesos fisiológicos normales". (Art. 324 Fracc. IX) y tejido.- Entidad morfológica compuesto por la agrupación de células de la misma naturaleza, ordenadas con regularidad y que desempeñan una misma función. (art. 324 fracc VI)

Este mismo artículo señala en su fracción I, que se entiende por "disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos; el conjunto de actividades relativas, a la obtención conservación, utilización, preparación, suministro o destino final de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres de seres humanos incluyendo los de

preembriones, embriones y fetos, con fines terapéuticos, de docencia o investigación."

Tejido humano no es igual, pues, a producto humano, aunque ambos adopten la forma de "tejidos" orgánicos, Uno es parte funcional del cuerpo, el otro solamente procede de él.

Admitamos entonces, que el criterio basado en la capacidad que un tejido tiene para renovarse o restituirse espontáneamente, no es el único - ni el definitivo - para distinguir nuestro tema. La sangre es un tejido renovable, sin embargo, su extracción abusiva puede significar un grave riesgo para la salud y, en ocasiones, la muerte del sujeto. El semen es también un tejido renovable, pero su extracción por vías naturales, no implica ninguna alteración orgánica, porque esta sustancia no tiene ninguna función intracorpórea.

Resulta entonces, que disponer de la sangre un "tejido renovable" es un problema que atañe a la primera categoría de prohibiciones, la que exige que no afectemos nuestra salud o integridad corporal, La cesión de gametos, en cambio sólo podría plantearse, en aspectos, en principio, como un acto dispositivo de productos o tejidos procedentes del ser humano, que vulnera la moral o las buenas costumbres, lo que no impide que, en circunstancias excepcionales, relacionadas con las técnicas empleadas y con la voluntad de los participantes, tanto el donante como el receptor, pudieran ser víctimas del delito de lesiones.

Si la dotación de óvulos o espermatozoides, con el consentimiento de los donantes y extraídos, por cualquier técnica, en si no constituyen un ilícito,

siempre y cuando no se lesione gravemente y permanentemente su integridad y funcionamiento.

Sin embargo cuando la punción del testículo o del ovario para extraer gametos, ocurra sin autorización de los sujetos, entonces estaremos en presencia de un verdadero delito de lesiones, independientemente que el objetivo del agente hubiese sido la obtención del material genético y no la afectación orgánica, ya que para integrar el dolo basta querer y aceptar la lesión quirúrgica, por lo que toca a la antijuridicidad de la conducta, el fin curativo que pudiera alegar el responsable, no sería suficiente para excluir el injusto, ya que la esterilidad de un tercero no constituye un verdadero estado de necesidad y el beneficio terapéutico de ninguna manera alcanza al donante,.

Queda claro, sin embargo, que hay falta de consentimiento, no sólo cuando la extracción se realiza por medio de la violencia física o la intimidación sino además cuando se engaña a la víctima haciéndole creer que se trata de una intervención distinta de la realizada, o cuando se aprovecha la situación de una persona privada de razón, en el sentido, o de la capacidad para defenderse o conducirse en forma voluntaria, cualquiera que sea la causa.

"Es verdad por tanto, que el proveedor del material genético será considerado víctima del delito de lesiones, en el caso de que falte su consentimiento y el método empleado interese sus órganos o tejidos, pero también puede hacer el papel de malvado, cuando a sabiendas que sufre de una enfermedad transmisible, oculte esta circunstancia al receptor (médico, clínica, o persona que pretende autoinseminarse)

"En el Código Penal de Sonora, muestra un interesante delito de mero peligro basado en la conducta imprudente del agente ; Dice en su artículo 145 que " el que a sabiéndose afectado de una enfermedad venérea en período contagioso, o de algún mal grave y fácilmente transmisible, tenga relaciones sexuales, amamante, o de cualquier otra manera directa ponga en peligro de contagio a otro, será sancionado con multa de 50 a 500 pesos y recluso en establecimientos adecuado por el tiempo necesario."¹⁴¹

Si una norma parecida se creará una ley sectorial sobre inseminación o fecundación artificial, es probable que los efectos preventivos de la amenaza penal reduciría, en parte los riesgos de contagio para la donación imprudente de gametos capaces de transmitir alguna enfermedad, pero seguro que reducirían también el número de donantes.

Diferencias.

En el delito de lesión consiste en todo daño en el cuerpo humano o alteración de la salud producida por causa externa.

En la procreación asistida, no existe el delito de lesión, causado al embrión toda vez que nuestra legislación penal no considera todavía al embrión, potencialmente como persona, por lo que el maestro Porte Petit dice: "El requisito indispensable, para que se infiera la lesión, es, se presupone la vida, el delito de lesiones personales no puede ser cometido sobre un cadáver, sobre un feto o sobre un ser que no tenga vida humana."¹⁴²

141 Ibid.

142 Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit. p. 403.

En cambio el delito de lesión si se configura cuando la lesión recaiga sobre el sujeto pasivo, en razón de que se puede cometer una lesión por la extracción de gametos ya sean masculinos o femenino, sin las precauciones necesarias en el cuerpo de la víctima.

No obstante lo anterior, me resulta de gran revelaría señalar que a mi juicio, nuestra legislación civil, esencialmente en el artículo 22, ya le otorga personalidad jurídica al embrión desde su concepción, no obstante, que la misma se encuentra condicionada a que nazca vivo, (otorgándole ciertos derechos patrimoniales).

En cambio en la legislación penal, se protege la vida del concebido desde su concepción,(delito de aborto) pero considerándolo como una esperanza de persona, por lo cuál no tiene cabida las lesiones cometidas en contra del embrión por causas externas, ya que las lesiones son aquellas que se cometen en el cuerpo humano, no en células germinales que aún cuando ya contengan toda la información genética, es todavía un ser humano en desarrollo,

Por lo que considero que es necesario que nuestra legislación penal proteja al embrión desde sus primeras etapas de vida, regulando la conducta, que resulten de las lesiones cometidas a la salud e integridad del ser humano ya sea dentro del vientre materno o fuera de el.

En el delito de lesión el sujeto activo, puede ser hombre o mujer.

En el delito de procreación asistida, necesariamente tiene que ser el profesional que infiera la lesión al cuerpo humano.

El bien jurídico protegido en la lesión, es la integridad corporal y salud de cualquier persona.

En la procreación asistida el bien jurídico protegido es la integridad corporal y salud de la persona que sea sometida a cualquier técnica de procreación asistida.

El delito de lesión es perseguiste de oficio o por querrela del ofendido.

En la procreación asistida será un delito de oficio cuando se realice sin el consentimiento del sujeto pasivo y de querrela cuando hubiere el consentimiento del sujeto pasivo.

Homicidio

Carrancá define el delito de homicidio de la siguiente manera. "El homicidio es la muerte del hombre ocasionada por el ilícito comportamiento de otro hombre." ¹⁴³

El art. 302 de el Código Penal lo define de la siguiente manera "Comete el delito de homicidio el que priva de la vida ¹⁴⁴ a otro."

"...Elementos del delito de homicidio:

Vida humana, previamente existente. Este no es elemento del homicidio, pero si la condición indispensable, el presupuesto necesario, sin el que la materialidad de la infracción -muerte- no puede verterse. Para el delito

¹⁴³ Carrancá y Rivas, Radl. El Drama Penal. Op. Cit. p. 153.

¹⁴⁴ Espacio de tiempo que transcurre en ser vivo desde el nacimiento hasta la muerte.

imposible del homicidio- pretender dar muerte a un difunto creyéndolo vivo.

Elemento material.- es la privación de la vida, la muerte, la lesión mortal es decir, aquel daño a la integridad corporal tan completa, que es creador de pérdida de la existencia..."¹⁴⁵

"En orden a la conducta puede ser de acción o de omisión, unisubsistente o plurisubsistente, monosubjetivo o plurisubjetivo, unisubsistente, cuando la conducta del agente se agota con una sola conducta corporal y plurisubsistente cuando se ejecutan varios movimientos corporales. Será también monosubjetivo, por cuanto no se exige para su comisión la concurrencia de varios sujetos."¹⁴⁶

"Por lo que se refiere al resultado, el delito de homicidio, es un delito de daño que consiste en la privación de la vida de un ser humano e instantáneo, pues el delito, se agota, tan pronto como se priva de la vida a otro.

Tipicidad.- La adecuación de la conducta, al tipo descrito en el artículo 302 del Código penal.

El bien jurídico protegido en el delito de homicidio es la vida humana, Si no hay vida que proteger, la figura no se integra, aún cuando se realicen todos los actos tendientes a ejecutarlo.

¹⁴⁵ Bacigalupo, Enrique. Los delitos de Homicidio. Editorial Temis. Bogotá., Colombia. 1989. p.18.

¹⁴⁶ Ibid.

El sujeto activo en el delito de homicidio es la persona que causa el resultado. Sólo el hombre persona física, puede ser sujeto activo, las cualidades personales del sujeto, pueden dar lugar a que el delito se agrave o se atenúe.

El sujeto pasivo de la infracción, lo es el hombre, todo ser nacido de mujer, desde el momento en que se separa del claustro materno, hasta antes de su muerte.

No será por tanto homicidio la muerte del feto antes de nacer, este hecho lo tipifica la ley como aborto.

el artículo 337 del Código Civil dispone, que para los efectos legales sólo se reputa nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo en el registro civil.

Antijuridicidad.- Lo contrario a derecho.

Inimputabilidad.- La capacidad de querer y entender lo antijurídico de su conducta.

Conducta.- El homicidio se comete en forma dolosa o culposa.

Punibilidad.- 8 a 20 años de prisión art. 307), de 2 a 6 años de prisión (art. 310), de 20 a 50 años de prisión (art. 320 y 315 bis)."¹⁴⁷

Cabe señalar que el delito de procreación asistida no tendría lugar en el homicidio ya que para que se configure según el maestro Porte Petit y Antolisei, señalan que, "...debe recaer en una persona física y que posea

147 Ibid.

el bien de la vida. Por tanto una persona física, hombre o mujer cualquiera que sea la edad o las condiciones físicas o psíquicas, con tal que este viva "¹⁴⁸ La Suprema Corte de justicia de la Nación ha señalado "Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro hombre." ¹⁴⁹

Es el nacimiento, precisamente el que determina para el Derecho penal, el comienzo de la persona para los efectos protectores de sus normas, Desde el momento que adquiere respiración pulmonar, es decir, vida autónoma, el ser humano se convierte en persona, para el derecho punitivo, y su muerte constituye el más grave de todos los delitos, el homicidio.

No obstante lo anterior hay penalistas que defiende una posición diferente, como es el caso de Cosarri quien comenta. "Nosotros por lo contrario creemos que si el sujeto pasivo del homicidio es el ser humano, entendiéndose por tal todo ente que presente características de humanidad, sin distinción de cualidades, siendo el ser concebido en probeta un ser humano que puede verse y no estando contemplada su muerte en ninguna norma, su muerte resulta atrapada por la figura del homicidio y agrega todavía que considera la destrucción de embriones como homicidio porque nada repugna a que una persona no nacida pueda ser víctima de este delito". Tal aseveración podría traer como consecuencia que los profesionales que se dedican a la práctica de las técnicas de procreación asistida corrieran despavoridos por tales afirmaciones.

¹⁴⁸ Citado por Pote Pítit Candaudap, Celestino. Op. Cit. p. 402.

¹⁴⁹ Soto La Madrid, Miguel Angel. Op. Cit. p. 169

Entonces, se cometerá el delito de homicidio, ¿en la procreación asistida? No porque este delito supone quitar la vida a una persona, es decir a un ser humano formado, si bien es cierto y como lo hemos venido reiterando nuestra legislación civil, que es la espina dorsal del derecho positivo, ya se protege al concebido pero no nacido, y le otorga a nuestro juicio personalidad, siendo esta un presupuesto de la persona, misma que se encuentra condicionada a que nazca vivo, en nuestro Derecho penal solo le da protección al concebido desde el momento que se encuentra en el claustro materno, por considera que es una esperanza de persona, sin otorgarle todavía esta categoría.

Hay que tomar en cuenta un nuestro derecho civil, no señala el lugar, en que tendrá verificativo la concepción, pero esto no basta para concluir que los embriones sobrantes en la práctica de estas técnicas puedan considerarse como personas, pues si bien es cierto que consideramos que a personalidad se adquiere desde el momento de la concepción, esta se encuentra suspendida hasta que el nacimiento se verifique, lo anterior a efecto se que se proteja al concebido desde el inicio de su existencia, opinión que compartimos con el maestro Rojina Villejas.

Bacigalupo señala "Las concepciones biológicas modernas permiten a los juristas hablar de vida humana tanto durante el embarazo como después del nacimiento, sin embargo los derechos positivos, en general, diferencian la intensidad de la protección según se trate de la vida en germen o de una persona después del nacimiento. La distinta intensidad de la respuesta penal se justifica, sobre todo por la diferente energía criminal que se supone en el autor de un ataque a la vida antes y después

del nacimiento, y por el diverso grado de merecimiento de protección de los distintos objetos de la acción en la concepción de los legisladores.

"Por lo que concluye el citado autor, los delitos contra la vida humana son los de homicidio y los de aborto. En cuanto a los primeros se protege con penas considerablemente más graves la vida de las personas después del nacimiento y respecto de los segundos se protege la vida en germen, el primero tiene su ámbito de protección desde la concepción hasta el momento del parto, el segundo desde el comienzo del parto hasta la muerte, la protección penal de la vida humana presenta fases diversa según que tenga lugar antes del nacimiento (aborto) o después del mismo (homicidio)." ¹⁵⁰

Soto Lamadrid señala que: "En el lenguaje jurídico penal, la vida humana empieza desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide, pero sólo recibe protección desde que se produce el embarazo o la preñez, es decir desde que el óvulo fecundado se fija en la pared del útero, ya que es éste el momento en que puede decirse que la madre ha concebido o que quedó embarazada, el que no coincide con el fenómeno de la fecundación." ¹⁵¹

ES EL NACIMIENTO, PRECISAMENTE, EL QUE DETERMINA PARA EL DERECHO PENAL, EL COMIENZO DE LA PERSONA PARA LOS EFECTOS PROTECTORES DE SUS NORMAS. Desde el momento en que adquiere respiración pulmonar, es decir vida autónoma, el ser

¹⁵⁰ Bacigalupo, Enrique. Los Delitos de Homicidio. Op. Cit. pp. 3, 4 y 5.

¹⁵¹ Soto La Madrid. Op. Cit. p.169.

humano se convierte en persona para el derecho punitivo y su muerte constituye el más grave de los delitos.

Cabe señalar que sin en algún momento se considerara a la destrucción de de producto de la concepción como homicidio, estaríamos poniendo una traba a los avances científicos, así como a la utilización de los embriones para fines terapéuticos o curativos.

No obstante considero, la necesidad de un capítulo especial en el código penal que haga referencia a la mala utilización de material genético, con fines distintos a la procreación o investigación.

Diferencias

Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro,

En la procreación humana, no se produce la muerte a otro, es decir nuestro derecho penal, no protege la vida del producto de la concepción fuera del vientre materno, cabe señalar que protege la vida del producto de la concepción, mediante el delito de aborto, pero como una esperanza de persona.

El sujeto activo, en el homicidio es cualquier persona, sea hombre o mujer,

El sujeto activo en la procreación activa, es cualquier persona

El sujeto pasivo es la persona, misma que adquiere esta calidad desde el nacimiento, hasta su muerte,

En la procreación asistida el sujeto pasivo, es el embrión, que se encuentra fuera del claustro materno.

El bien jurídico en el homicidio, es la vida, misma que se encuentra protegida desde que se verifica el nacimiento, hasta la muerte.

En la procreación asistida el bien jurídico es la vida del embrión, dentro o fuera del claustro materno.

El delito de homicidio es un perseguible de oficio.

El delito de procreación sería de oficio, pero totalmente diferente al homicidio, hay que tomar en cuenta que cuando se justificará la destrucción de los embriones sobrantes en la reproducción artificial, ya sea para la utilización de los mismo, para fines de investigación o terapéuticos, no se constituiría ningún tipo de delito.

El delito de homicidio, se consuma con la privación de la vida, la muerte.

La procreación asistida, se consuma con la muerte del producto de la concepción, sin que se configure el delito de homicidio toda vez que en nuestra legislación penal se protege la vida del ser humano, en dos fases como vida autónoma independiente de la madre (homicidio) y la vida en germen (aborto), sin que hasta la fecha se proteja al embrión, concebido fuera del claustro materno, dado que el mismo no se puede catalogar en cualquiera de las dos fases.

Aborto.

El Código Penal en el artículo 329, define el delito de aborto de la siguiente manera, " aborto es la muerte del producto de la concepción ¹⁵² en cualquier momento de la preñez." ¹⁵³

Elementos del delito de Aborto.

1. "Muerte del producto en la preñez. La preñez se inicia en el instante mismo de la concepción, por la fecundación del óvulo, pero no es posible determinarla con exactitud en tanto que puede establecerse, un verdadero diagnóstico por la observación, auscultación y palpación; su primera manifestación clínica importante es la cesación de la regla, este dato se presta a equivocaciones. La preñez termina con el nacimiento regular del producto o con su expulsión o destrucción prematura.

La muerte del producto presupone: a) el embarazo o preñez de la mujer; y b) la utilización de una maniobra abortiva en el amplio significado de la fase que puede consistir en la extracción violenta y prematura del producto, la expulsión provocada o su destrucción en el seno de la madre.

2. Elemento moral. Intencionalidad o imprudencia criminal, reguladas conforme a los arts. 8 y 9." ¹⁵⁴

¹⁵² Unión del espermatozoide y el óvulo.

¹⁵³ Preñado de la hembra, tiempo en que está el feto en el vientre materno.

¹⁵⁴ González de la Vega, Francisco. Código Penal Comentado. Editorial Porrúa. México, 1987. p.429.

ABORTO BIENES JURÍDICAMENTE PROTEGIDOS POR LA NORMA QUE LO PREVEE COMO DELITO, LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA. De acuerdo con el artículo 339 del Código de Defensa social del Estado de Puebla "aborto es la muerte del producto de la concepción, en cualquier momento de la preñez, así pues, tratándose de la figura delictiva que define dicho dispositivo legal y que los tratadistas consideran más apropiado designar como delito de feticidio en razón que el objeto doloso de la maniobra abortiva, no es otro que el atentar contra la vida en gestación para evitar la maternidad, los bienes jurídicamente protegidos por la norma, son : la vida del ser en formación, el derecho a la maternidad de la mujer, del derecho del padre a la descendencia y el interés demográfico de la colectividad, para la integración del delito no importa cual a sido el vehículo de la muerte del producto de la preñez y para el objeto de la tutela penal no interesan las maniobras de expulsión o de extracción del huevo, embrión o feto, ya que las consecuencias de la muerte, es el fenómeno importante.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO

PRECEDENTES,

Amparo directo 44/90 Martín Rzepka Glocker y otros 14 de Noviembre de 1990, Unanimidad de votos.

"En relación a la conducta, es un delito de acción, instantáneo, unisubjetivo.

En orden al resultado, es de resultado material, que consiste en la muerte del producto de la concepción, mismo que ocurre en el seno materno,

pues el texto legal se refiere a la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.

Tipicidad la adecuación de la conducta al tipo descrito por el art. 329 del Código Penal.

El sujeto activo.- puede ser cualquier persona.

Sujeto pasivo.- El tipo señala, conjuntamente, los sujetos pasivos, cada uno de ellos con calidad específica: el producto de la concepción (obviamente aún no nacido), titular de su propiedad vida y la mujer embarazada, titular de el derecho de la maternidad.

Carrará afirma que los sujetos pasivos son:"La mujer a la que se le ha ocasionado el aborto, y el feto al quien se le ha dado muerte."

El bien jurídico tutelado la vida del producto de la concepción y el derecho a la maternidad que, en el caso concreto; tiene la mujer embarazada.

Antijuridicidad.- Lo contrario a derecho.

Inimputabilidad.- La capacidad de entender y querer lo antijurídico de la conducta.

Culpabilidad.- Doloso.

Punibilidad.- De 1 a 3 años de prisión (art. 330 párrafo I) y de 3 a 6 años de prisión (art. 330 párrafo II), de 6 a 8 años de prisión (art. 330 párrafo II, parte final) de 2 a 5 años (art. 331), de 6 meses a 1 año de prisión (art.332) de 1 a 5 años de prisión (art. 332. parte final)."¹⁵⁵

¹⁵⁵ Ibid.

Por lo que se refiere a la procreación asistida considero que no se encuadra, en el delito de aborto por lo siguiente:

En efecto la doctrina empieza diciendo, por boca del maestro Porte Petit, que para que haya aborto se necesita dar muerte al producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, por lo que resulta indispensable la existencia de un presupuesto material del hecho; el embarazo, Así lo reconoce Altavilla, Antolisei, Manzini y otros, quienes admiten que el objeto material de este ilícito es el producto de la concepción.¹⁵⁶

Dice precisamente Muñoz Conde, que "por concepción debe entenderse, no la mera fecundación del óvulo por el espermatozoide, sino la anidación del óvulo ya fecundado en el útero materno, quedando excluidas, por lo tanto, del ámbito penal, la fecundación in vitro, es decir aquellas que no tienen lugar en el seno materno sino en tubos de ensayo."¹⁵⁷

Jiménez Huerta, insiste que: "La base natural, lógica y jurídica del delito de aborto es el status praegnationis, por lo que es necesario que la mujer este grávida y que esta gravidez sea probada."¹⁵⁸

No debemos olvidar que la preñez es un fenómeno que afecta a la madre, por eso no empieza con la fusión de los gametos en las trompas, sino con el arraigo del óvulo fecundado en la matriz que es cuando se produce los trastornos funcionales y las diferentes reacciones sexológicas a que se refieren los tratados de obstetricia.

¹⁵⁶ Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit. p. 402.

¹⁵⁷ Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial. Sevilla 1976. p.61

¹⁵⁸ Citado por Porte Petit. Op. Cit. p.403.

Es por eso que el penalista español Rodríguez Revesa, sostiene que; "La legislación penal excluye del concepto aborto a la llamada Fecundación In Vitro pues presupone que la acción ha de recaer simple sobre la vida de un feto vinculado a una mujer." ¹⁵⁹

El concepto de embarazo resulta; pues, un punto de referencia ineludible para el derecho penal, ya que éste protege la vida humana intrauterina precisamente a partir de ese momento, cuando la viabilidad del embrión es casi garantizada por su fijación al sistema orgánico materno, el que le proporcionará los elementos necesarios para su desarrollo.

Esto no significa que antes se la implantación, no exista vida esta surge con la fecundación misma donde quiera que ocurre, y aún en circunstancias anormales como la fecundación in vitro, creemos que merezca algún tipo de protección jurídica, aun cuando no exista hasta el momento una ley que defina el *statutus* del cigoto o embrión de laboratorio, es decir, disposiciones que definan claramente su naturaleza jurídica, sus derechos sus prerrogativas y los límites de su responsabilidad.

"La vida humana, según Zannoni, tiene la misma jerarquía y el mismo derecho a la protección penal donde quiera que se produzca, y si ya existe un delito que la ampara en la fase intrauterina, nada impide que, por analogía con este mismo ilícito, la acción legislativa, se ensanche para abarcar también la vida en probeta, siempre que se trate de la especie humana." ¹⁶⁰

¹⁵⁹ Rodríguez Revesa, José. Derecho Penal Español. Parte Especial. Editorial Madrid, Carasa, 1983. p.31

¹⁶⁰ Citado por Rodríguez Revesa. Op. Cit. p 32.

Nosotros no compartimos esta última opinión, creemos que lo único que tienen en común estas hipótesis, es el aspecto físico de la destrucción de un ser vivo en las primeras fases de su evolución celular, pero que difieren profundamente las circunstancias; los valores lesionados, los sujetos protegidos y hasta los intereses en juego, por lo que sugerimos, por lo contrario, que si alguna tipología se propone al legislador, ésta se abstenga de relacionar la destrucción de cigotos producidos en laboratorio, sea por descarte o por manipulación genética, con el delito de aborto, para que este último siga su propio destino en los diversos códigos que aún lo contemplan, para que desaparezca incluso del catálogo delictivo, si ésta fuera alguna vez la voluntad social y legislativa, pero que no arrastre en su caída a las formas delictivas que pudieran crearse, relacionadas con el abuso de la experimentación genética o de la fecundación asistida.

Diferencias

En el delito de aborto, se protege el producto de la concepción, en cualquier momento de la preñez.

En la procreación asistida el producto de la concepción, se encuentra fuera del claustro materno, por lo cual no se hace extensiva esta protección.

En el aborto el sujeto activo. Es cualquier persona.

En la procreación asistida, sería también cualquier persona.

El sujeto pasivo, es el producto de la concepción, en cualquier momento de la preñez y la mujer embarazada.

**El sujeto pasivo es el producto de la concepción, sin que exista la preñez.
(Fecundación In Vitro)**

En el delito de aborto, es un delito de oficio.

En el delito de procreación, también sería de oficio.

La consumación en el delito de aborto, se realiza con la muerte del producto de la concepción, en cualquier momento de la preñez.

En la procreación asistida, se consume con la muerte del producto de la concepción, sin que exista la preñez de la mujer, no se configura como aborto, toda vez que en la legislación penal solo considera la protección del embrión desde el momento, en que el mismo se anida en el claustro materno.

3. *DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL Y LA BIGAMIA.*

EL artículo 277 a la letra dice: "Se impondrán de uno a seis años de prisión y multa de cien a mil pesos, a los que con el fin de alterar el estado civil incurran en alguna de las infracciones siguientes:

- I. "Atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre.**
- II. "Hacer registrar en las oficinas del estado civil un nacimiento no verificado."**

Los tipos configurados en el artículo, son todos de tendencia interna trascendente, "con el fin de alterar el estado civil" de una persona,

expresa el artículo comentado. Es éste un elemento subjetivo referido al dolo o intención.

"Según Carrará, estos delitos consisten en suprimir, cambiar o suponer un infante. Todo ello falsea su estado civil. Por estado civil se entiende un conjunto de cualidades y atributos que constituyen la individualidad jurídica de una persona (sexo, edad, filiación, nacimiento, matrimonio, divorcio, emancipación, adopción, muerte etc.) Es distinto el estado civil de una persona a su capacidad." ¹⁶¹

La Fracción I

La atribución o aplicación de un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre constituye la "suposición de parto" de la legislación española y sólo puede ser dolosa, según el artículo 277 comentado.

"Tocante a la acción, la conducta humana en este delito consiste en una atribución de la maternidad de un niño recién nacido, a mujer que no sea realmente su madre; hay una conducta exterior encaminada a la producción de un resultado.

En cuanto al resultado es un delito de daño, alterar el estado civil del recién nacido.

Sujeto pasivo, el recién nacido, "Niño recién nacido", es, aquel que por su edad no puede tener conciencia de sus relaciones de familia ni defenderlas, es el "nato di fresco", nacido ha poco, según la expresión de Carrará.

¹⁶¹ Citado por González de la Vega. Op. Cit. p. 430.

Como medio para realizar este ilícito, se presenta el caso de la supuesta madre que finge el embarazo y simula el parto, se procura cautelosamente una criatura y presenta como fruto de ellos a un niño que no es su hijo.

Sujeto activo; lo es la supuesta madre, pasivo el niño recién nacido, persona real y no imaginaria (no se integra el delito por el hecho de la anotación del nacimiento en el Registro Civil; se requiere la presentación física del pasivo.

Es decir en nuestra legislación no se precisa para que se consume el delito, la presentación del hijo ante el registro civil, se realiza con la sola atribución falsa de la maternidad a mujer que no le dio el ser al infante para conseguir el propósito de alterar el estado civil.

El objeto jurídico del delito es el estado civil verdadero de las personas.

Antijurídico.- Atribuir un recién nacido a mujer que no sea realmente su madre, rompiendo las relaciones verdaderas que debe existir entre la verdadera madre con su hijo.

Imputabilidad- La capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal.

Culpabilidad, solo puede cometerse dolosamente.

Punibilidad.- Se impondrá de 1 a 6 de prisión y multa de 100 a 1000 pesos." ¹⁶²

¹⁶² González de la Vega. Loc. Cit. p. 683.

Fracción II.

La fracción II examinada sólo puede entenderse como suposición de infante, por cuanto se presenta para su registro a persona que no es la nacida de los padres que fingen serlo, o sea a persona con un correlativo entronque familiar cierto.”¹⁶³

ESTADO CIVIL DELITO CONTRA EL.

Basta que el reo se haya propuesto alterar el estado civil de una persona, independientemente de que se compruebe o no que la misma, otra u otras, se les cause o se pretenda causar un perjuicio, para que se cometa el delito previsto en el artículo 277, fracción II, del Código Penal, toda vez que el bien jurídico protegido por la norma punitiva, es la propia institución del Registro del estado civil, cuya integridad tiene interés en salvaguardar la sociedad entera, de modo tal, de que todo atentado contra el estado civil de las personas implica un perjuicio social independientemente de que pudiera resultar algún perjuicio a la persona o personas determinadas y de tal caso resultase configurado algún otro delito.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO.**PRECEDENTES.**

Amparo directo 44/90 Martín Nuñez, 5 votos, Agosto de 1967.

“En cuanto a la conducta es un delito de acción.

¹⁶³ Ibid.

Tipicidad.- La adecuación de la conducta al tipo descrito por el art. 277 del Código Penal.

Sujeto activo.- Los supuestos padres que presentan al recién nacido ante el registro civil, con la finalidad de hacerlo perder su estado civil.

Sujeto pasivo.- El recién nacido, ya que se le esta imponiendo una relación familiar, una paternidad que en la realidad natural no tienen y los padres legítimos ya que se les está privando de la filiación.

El bien jurídico tutelado, lo será el estado civil del recién nacido.

Antijurídico.- Consiste en crear una situación jurídica que ha todas luces está fuera de la realidad biológica. Una persona ostenta una maternidad o paternidad que ni el derecho natural le reconoce, perjudicando un estado civil del sujeto pasivo.

Imputabilidad.- Capacidad de querer y entender en el campo del derecho.

Conducta.- Doloso.

Punibilidad.- De 1 a 6 años de prisión y multa de 100 a 1000 pesos. (art. 277)" 164

En el análisis de este delito, en lo referente a sus dos primeras fracciones, no incluimos diferencias, con la procreación asistida en virtud de que considero que se configuraría dentro de este ilícito, no obstante considerar que se regulación debe hacerse en un apartado especial en

164 Ibid.

donde nada más se incluyan los delitos cometidos, con la utilización de las técnicas de procreación asistida.

Desde mi punto de vista, considero que este delito, antes analizado en su fracción I y II del Código Penal, se puede dar en la procreación asistida toda vez que una mujer que desea ser madre, y que por cualquier causa de esterilidad no pueda concebir, utilice los servicios de una madre subrogada o sustituta que sea inseminada con semen del marido o fecundada con gametos de los consortes, quien se comprometa que después del parto entregará al recién nacido a la mujer solicitante y que esta a su vez y a fin de aparentar que el hijo es suyo, finge estar embarazada y reconoce ante el registro civil al recién nacido como hijo de matrimonio, haciendo perder al recién nacido su verdadero estado civil, y su derecho a conocer su verdadera identidad biológica.

La práctica de la procreación asistida con participación de personas ajenas al vínculo matrimonial puede dar lugar; a que se atribuya la maternidad a persona que no es la madre biológica, además constituye una nueva usurpación del estado civil de otro (la calidad de padre o de madre convencional en sustitución del padre o madre biológico) y en esta manera se adquieren derechos de familia que no le corresponden ni al hijo, ni a los progenitores.

Es necesario hacer mención que este delito se configuraría en virtud de la práctica de la cualquiera de las técnicas de procreación asistida (inseminación, GIF y fecundación in vitro heteróloga) en virtud de que se daría los supuestos de la utilización de gametos extraños a la pareja, es por eso que hago hincapié que la práctica de estas técnicas nada más

debe permitirse con elementos germinales de los consortes y dentro de matrimonio en virtud de que así se haría aún lado la posibilidad de los llamados contratos de prestación de servicios, originados con los portadores de los gametos o aun con las llamadas madres subrogadas o de alquiler, Los convenios de esta naturaleza que sean sobre préstamo de útero o venta de gametos son jurídicamente inexistentes por falta de objeto posible, el maestro Galindo Garfias señala. "El ser humano, en su calidad de persona, no puede ser considerado como un objeto y por tanto no puede se sujeto de convenio o contrato," ¹⁶⁵ en caso de ser así considero que se daría el acto delictuoso, señalado por el artículo 277 en sus fracciones I y II.

4. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL.

La responsabilidad en el Derecho, es la obligación que se impone a toda persona de reparar el perjuicio que se haya ocasionado libremente a un tercero, bien por haber cometido un acto ilícito, bien por haberse abstenido de ejecutar lo que la ley le ordena cumplir.

Para que un hombre pueda ser declarado responsable de un acto de su profesión, es necesario, que haya habido una falta en su acción, y que ésta hubiere sido posible evitarla con más vigilancia sobre si mismo o sus actos, o que los hechos reprochados sean de tal naturaleza que resulta inexcusable el haberlo cometido.

Los profesionistas de la medicina, en su ejercicio pueden incurrir en responsabilidad y así el artículo 228 del Código Penal determina.

¹⁶⁵ Citado por Chávez Ascencio, Manuel. Loc. Cit. p. 20.

"...Los médicos, cirujanos y demás profesionistas similares y auxiliares serán penalmente responsables por los daños que causen en la práctica de su profesión, en los términos siguientes:

- I. Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean intencionales o por imprudencia unible, se les aplicará suspensión de un mes a 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 ayudantes, enfermeros o practicantes cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquellos."

"Conducta de acción o de omisión.

Tipicidad.- Adecuación de la conducta al tipo descrito por el artículo 228 del Código Penal.

Sujeto activo el profesionista que lleve acabo la practica de cualquiera de las técnicas de procreación asistida.

Sujeto pasivo.- El producto de la concepción dentro o fuera del claustro materno que resulte lesionado con cualquiera de las técnicas de procreación asistida, así como el paciente que sea sometido a tales técnicas.

Bien jurídico protegido.- La protección de la salud del concebido y del paciente sometido a las técnicas de procreación asistida.

Antijuridicidad.- Lo contrario a derecho.

Imputabilidad.- Capacidad de entender y querer en el campo del derecho.

Conducta.- Doloso o culposo.

Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten, consumados, se aplicará una suspensión de 1 mes a 2 años de prisión, en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia.”¹⁶⁶

¿Serán aplicables estas normas al caso de los médicos que practiquen las técnicas de procreación asistida? en mi concepto, son perfectamente aplicables.

“La ley General de Salud sanciona las acciones llevadas a cabo sin sujetarse a ella, contiene un capítulo especial de delitos y en su artículo 465, castiga con pena de uno a ocho años de prisión, suspensión en el ejercicio profesional y multa, a toda persona relacionada con la práctica médica que realice actos de investigación clínica en seres humanos sin apegar a sus normas, va más haya de nuestras leyes locales y el delito se configura por simple inobservancia de sus preceptos, aún en el supuesto de que el resultado de la maniobra sea inocuo o exitoso.”¹⁶⁷

Nuestras leyes protegen la vida humana y prohíben acciones que, en general, puedan dañarla o destruirla, cualquiera que sea la etapa en que se le considere, incluida la prenatal. Un error de consecuencias lamentables en la manipulación genética sería considerado legalmente como resultado de una acción ilícita.

¹⁶⁶ González de la Vega, Francisco. Loc. Cit. p. 684.

¹⁶⁷ Trueva Olivares. Investigaciones Jurídicas. Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato. Boletín 35. Julio-Septiembre de 1989.

En el supuesto en que nos colocamos y que puede darse en la práctica, el manipulador que no acierte en su propósito terapéutico merecerá el reproche legal que puede alcanzar el rango de conducta culposa, la culpa existe, "cuando el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado", (artículo 9 del Código Penal) y a pesar de ello actuó.

Podría objetarse que para saber si un procedimiento terapéutico es digno de confianza, tarde o temprano tendrá que haber una primera vez, sin que se pueda tener la seguridad absoluta del éxito, aún cuando éste ya se haya obtenido en animales o en otro tipo de experimentaciones.

El derecho no se opone al avance de la ciencia obrando antecedentes suficientes acreditados como válidos para desplazar la práctica al terreno humano, el factor doloso o culposo habrá desaparecido y la acción habrá dejado de ser ilícita, aún en el caso de que fracase.

Probar tales antecedentes no es fácil, nuestra legislación Federal sobre salud, aplicable en toda la República, expedida por el Congreso de la Unión con apoyo en el artículo 4o y la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución Política del País,¹⁶⁸ especifica los cuidados y precauciones que han de observarse. El Título Quinto de la ley General de Salud y su Reglamento en materia de Investigación, exige que toda experimentación en seres humanos debe ajustarse a principios científicos y éticos rigurosos, tiene que fundarse en comprobaciones exitosas con animales o

¹⁶⁸ Artículo 4o. Toda persona tiene derecho a la protección de la salud... Artículo 73. Fracción XVI. El Congreso tiene facultades para dictar Leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadano a, naturalización, colonización, emigración y salubridad general de la República.

en otros hechos científicos previos. ¹⁶⁹ La fracción IV del artículo 14 del Reglamento expresa que; " debe prevalecer siempre las posibilidades de los beneficios esperados sobre los riesgos predecibles". Tendrá que contarse, en todo caso, con el consentimiento formal y fehaciente del paciente de su representante legal, quienes intervengan han de ser profesionistas de competencia incuestionable y su primera obligación consiste en "cuidar de la integridad del ser humano", no pueden actuar solos, pues se requiere la asistencia corresponsable de una institución reconocida por la ley, bajo la supervisión permanente de las autoridades sanitaria, ya se trate de una institución privada o pública. ¹⁷⁰

Ahora bien incurren en responsabilidad penal todo aquél profesionista que practica cualquier técnica de procreación, careciendo de los conocimientos necesarios, absteniéndose de experimentar con anterioridad en animales a fin de garantizar éxito y lleva a cabo la practica directa en los seres humanos, cometiendo un delito de difícil reparación ya sea con el producto de la concepción, o el paciente que es sometido a la intervención quirúrgica, haciendo necesario que la conducta realizada por estos profesionistas deba ser debidamente tipificada por el código penal, así como las personas que puedan llevarlas a la practica, esto por la conveniencia de limitar el abuso de las mismas, cabe señalar además en la responsabilidad, que tienen estos profesionistas, en relación a cuidar de la idoneidad del material genético que utilicen para llevar a cabo la procreación, a efecto de garantizar la salud del producto de la concepción.

¹⁶⁹ Ley General de Salud. Editorial Porrúa. México, 1989. p. 417.

¹⁷⁰ Reglamento de la Ley General de Salud. Editorial Porrúa. México, 1989. p. 417.

Dado que el presente trabajo, tiene como título la necesidad de regular la procreación asistida en el Distrito Federal, así como mostrar al lector que es necesario que se trabaje en la elaboración de un precepto normativo que abarque la conducta, generada con la práctica de las diversas técnicas de procreación asistida, en razón que si en el campo del derecho, se continua con esta laguna de la ley, se presentarían graves problemas jurídicos, que no encontrarían respuesta en nuestra legislación penal.

La Ley General de Salud ya establece el delito de inseminación artificial, en su artículo 466 que a la letra dice; "Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si está fuera menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo, como resultado de la inseminación, si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años."

Como se desprende del citado precepto legal, estaríamos ante la presencia de una norma imperfecta, dado que nos hace mención a la inseminación artificial, omitiendo que esta es tan sólo, una técnica de procreación asistida, desprendiéndose que si se lleva acabo cualquier otra técnica no había una norma, que regulara dicha conducta. Por lo que resulta conveniente que nuestro Código Penal cubra esta laguna de la ley y se aboque al estudio de las diversas conductas que se pudieran suscitar con la práctica de las nuevas técnicas de procreación asistida, cuyo bien jurídico a proteger sería desde mi punto de vista, la libertad procreacional.

La libertad de procreación: "implica engendrar, multiplicar la especie, trascender, la transitoriedad del ser humano proyectando a nuevos seres

nacidos de él su cultura, su tarea y su arquetipo, es algo más que una facultad o potencialidad biológica connatural a la persona. En esencia es un movimiento del acto libre del ser."¹⁷¹

La libertad procreación encuentra su fundamento legal en el artículo 4o Constitucional que a la letra dice "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de sus hijos."

Por lo que me permito sugerir que la procreación asistida debe ser incluida en el Código Penal, como delito en un apartado especial, en donde se haga referencia a las conductas derivadas de la procreación, que puedan ser generadoras de alguna conducta ilícita. Señalando como premisa, comete el delito de procreación asistida:

Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuera menor o incapaz, realice en ella cualquier técnica de procreación asistida, se le aplicará prisión de 3 a 6 seis años, si no se produce el embarazo como resultado de la técnica empleada, si resulta el embarazo, se impondrá prisión de 4 a 10 años.

¹⁷¹ Casto Juventino. Garantía y amparo. Editorial Porrúa. México, 1989. p. 56.

CONCLUSIONES.

- A. El inicio de la vida tiene lugar desde el momento en que un óvulo es fecundado por un espermatozoide, dando lugar a un nuevo ser independiente de la madre.
- B. El concebido, tiene personalidad jurídica, con una capacidad limitada, la cuál aumentará notablemente al momento del nacimiento. Encontrando su fundamento legal en el artículo 22 del Código Civil.
- C. Las técnicas de procreación asistida tiene como finalidad fundamental la actuación medica, ante la imposibilidad del hombre, de concebir por medios naturales, facilitando la procreación con ayuda de métodos artificiales, cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces.
- D. Las técnicas de procreación asistida, marcan el inicio de una nueva concepción de la transmisión de la vida, dado que muestran al mundo que no es necesario que medie una relación sexual entre un hombre y una mujer, para dar inicio a una nueva vida, sino que esta se puede inducir a través de la práctica de alguna técnica, con la intervención de una tercera persona.
- E. La práctica de las técnicas de procreación asistida son una realidad latente en nuestro país.
- F. Las nuevas técnicas de procreación asistida deben ser permitidas tan solo cuando se realicen con material genético, perteneciente a los cónyuges con la finalidad de salvaguardar la institución del matrimonio.

- G. Cuando los consortes se sometan a la intervención de alguna de las técnicas de reproducción asistida, es necesario que se celebre un contrato, con la única finalidad de proteger la filiación del concebido a través de estas técnicas, así como su derecho a conocer su propio origen.
- H. El padre que concibió a través de alguna técnica de reproducción no podrá alegar, el desconocimiento de la paternidad, invocando la imposibilidad de haber tenido contacto sexual con su esposa, o por alguna anomalía física que hiciera imposible la concepción, por lo que se requiere que el contrato se realice por escrito y con todas las formalidades legales.
- I. No es posible encuadrar las diversas conductas que se pudieran generar por la práctica de las diversas técnicas de procreación asistida, en los delitos tipificados en nuestro Código Penal, porque entonces quebrantaríamos el principio de legalidad contemplado en el art. 14 Constitucional.
- J. Es necesario que se tipifique la reproducción asistida como un delito distinto a los contemplados por el Código Penal, en virtud que se bien es cierto puede tener semejanzas con alguno, es un delito autónomo que tiene sus propias características, que lo hacen diferente.
- K. En la procreación asistida, el bien jurídico a proteger es la libertad procreacional.
- L. La libertad procreacional, es el derecho de cada individuo, a decidir de manera libre e informada sobre el número y esparcimiento de sus

hijos, encontrando su fundamento legal en el artículo 4o. Constitucional,

- M. Comete el delito de procreación asistida: Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella cualquier técnica de procreación asistida, se le aplicará prisión de 3 a 6 años, si no se produce el embarazo como resultado de la técnica empleada, si resulta el embarazo, se impondrá prisión de 4 a 10 años.**

BIBLIOGRAFIA.

ANSON OLIAT, Francisco. Se Fabrican Hombres. España. Ediciones Rialp. S.A., 1988.

BONNECASE, Raúl. Elementos de Derecho Civil. Puebla. Ed. M. Cajica. Jr. 1945.

BACIGALUPO, Enrique. Los Delitos de Homicidio. (Bogotá, Colombia. Editorial. Temis. 1989.

BARRAGÁN VELIA, Patricia. La Reproducción Humana Asistida. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas Diciembre. 1991.

BATIZA, Rodolfo. Las Fuentes del Código Civil de 1928. México. Editorial Porrúa 1989.

CARRANCÁ Y RIVAS Raúl. El Drama Penal. México. Editorial Porrúa. 1992.

CASTRO, Juventino. Garantías y Amparo. México. Editorial Porrúa.1989.

Francisco. El pensamiento de Santo Tomás. México. Fondo de Cultura Económica.1960.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. México. Editorial Porrúa 1985.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Paterno Filiaras. Editorial Porrúa, S:A. México. 1989.

DAXEUX, José Ma. El Nacimiento de un Niño. Zalvat. Editores primera edición, 4a Ed. México, D.F., 1973.

DE CASTRO, Federico. Derecho Civil de España. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. 1952.

DEMAREST, Robert. Tr. Isidoro Geistein. Concepción, Nacimiento y Anticoncepción. México, Libros McGraw 1989.

DOMINGUEZ, Jorge Alfredo. Derecho Civil. 2a ed. México. Editorial Porrúa. S.A. 1990.

ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. México, editora e impresora Norbajacaliforniana. 1974.

FRAYLE, Guillermo. Historia de la Filosofía. 4a ed. Madrid; biblioteca de autores cristianos, Edica S.A. 1976.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas y Familia, Undécima ed. México Porrúa, 1991.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 4a. ed. México, Editorial Porrúa; 1989.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Código Penal Comentado. México, Editorial Porrúa. 1987.

GONZÁLEZ, Ernesto. El Patrimonio. México. Ed. José María Cajiga, 1982.

HERNÁNDEZ VERA, Julio Cesar. Inseminación Artificial en Seres Humanos. Incidencias Jurídicas. México. Foro de México, 1960.

LEAL DÁVILA, Luis Orlando. La Reproducción Artificial Humana. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificiana Boliviana. Colombia. 1986.

LYONS Alberto y Petrucci Joseph. Historia de la Medicina. Barcelona. Ediciones Dogma, S.A. 1981.

MAGALLAN, Raúl. El Hombre y la Personalidad. 2a ed. España, Aries 1987.

MARCHANTE, Raúl. Fecundación Artificial o Adopción. Buenos Aires, Edición Depalma. 1987.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial. Sevilla. 1976.

OGREGÓN HEREDIA, Jorge. Código Civil Concordado para el Distrito Federal en Materia Común y para Toda la República en Materia Federal. México. Editorial Jorge Obregón Heredia 1993.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Dogmática Sobre los Delitos en Contra de la Vida y la Salud Personal. México. Editorial Porrúa, 1989.

RODRIGUEZ REVESA, José. Derecho Penal Español. Parte Especial. Madrid. Carasa. 1983.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. 3a. ed. México. Editorial Porrúa, S.A. 1986.

SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Biogenética. Filiación y Delito. Editorial Astrea Alfredo Depalma. Buenos Aires. 1990.

SUÁREZ DEL PUERTO, Horacio. Técnicas de Reproducción Asistida.
Revista del Instituto Nacional de Perinatología, México. 1993.

VILLEE, Claude A. Biología. 6a ed. México. Nueva Editorial
Interamericana, S.A. 1981.

ZARRALUCHI, Luis. Procreación Asistida y Derechos Fundamentales.
Madrid. Editorial Tecnos, S.A., 1988.

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 82a. ed. México,
Editorial Porrúa .1989.

Ley General de Salud. 9 ed. México. Editorial Porrúa S.A. 1993.

Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la
República en Materia Federal. 4a. ed. México. Editorial Sista. 1994.

Código Civil para el Distrito Federal. 61a ed. México. Editorial Porrúa.
1993.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal 27a. ed. México.
Editorial Porrúa. 1995.