



183

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO

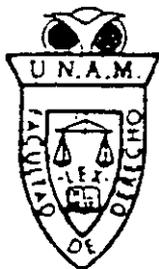
FACULTAD DE DERECHO

"ESTUDIO DEL ARTICULO 466 DE LA LEY GENERAL  
DE SALUD, RELATIVO AL DELITO DE  
INSEMINACION ARTIFICIAL"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:  
LICENCIADA EN DERECHO  
P R E S E N T A :  
MARIA CONCEPCION GARCIA OLVERA

ASESOR: LIC. ROBERTO AVILA ORNELAS



MEXICO, D. F.

1999

283999



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

## SEMINARIO DE DERECHO PENAL

México, D. F. 30 de noviembre de 1999

ING. LEOPOLDO SILVA  
DIRECTOR GENERAL DE LA  
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR  
DE LA UNAM  
PRESENTE

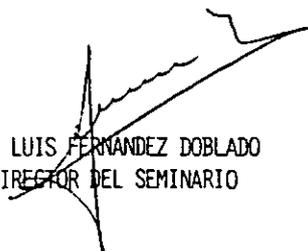
Muy distinguido señor Director:

La compañera MARÍA CONCEPCIÓN GARCÍA OLVERA, inscrita en el seminario de Derecho Penal a mi cargo, ha elaborado su tesis profesional intitulada "ESTUDIO DEL ARTÍCULO 466 DE LA LEY GENERAL DE SALUD, RELATIVO AL DELITO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL", bajo la dirección del LIC. ROBERTO ÁVILA ORNELAS, para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El LIC. ROBERTO ÁVILA ORNELAS en oficio de fecha 26 de noviembre de 1999, me manifiesta haber aprobado y revisado la referida tesis, por lo que con apoyo en los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 del vigente reglamento de exámenes profesionales, suplico a usted ordenar los trámites tendientes a la celebración del examen profesional de la compañera de referencia.

ATENTAMENTE

"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"



DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO  
DIRECTOR DEL SEMINARIO

*Lic. Roberto Arida Canelas*

SECRETARIO PARTICULAR DEL MINISTRO

JUAN N. SILVA MEZA

DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO.  
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL  
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA U.N.A.M.  
P R E S E N T E

Muy distinguido maestro:

La alumna, MARÍA CONCEPCIÓN GARCÍA OLVERA, con número de cuenta 7857696-0, que ha elaborado bajo la asesoría del suscrito, la investigación de la tesis profesional titulada "*ESTUDIO DEL ARTÍCULO 466 DE LA LEY GENERAL DE SALUD, RELATIVO AL DELITO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL*", para ser admitido a sustentar el correspondiente examen profesional.

Estimo que el trabajo en cuestión reúne los requisitos que al respecto exige la normatividad universitaria, por lo que someto a su amable consideración para lo que usted tenga a bien determinar.

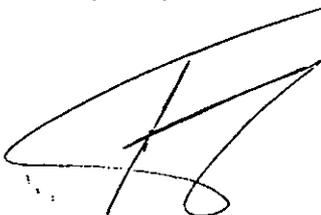
Sin otro particular me es grato enviarle un cordial saludo, y manifestarme a su disposición para cualquier comentario o aclaración.

ATENTAMENTE

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"

Ciudad Universitaria, D. F., a 26 de noviembre de 1999.

*29/11/99*  
*Arca*  

*A mis padres mi gratitud y cariño por su  
paciencia, comprensión y apoyo.*

*A mi hija que es el más preciado tesoro que  
Dios me obsequió, quien ilumina mi existencia  
con su alegría.*

*Con amor y admiración al compañero de mi  
vida por su apoyo incondicional.*

*A la memoria de mis abuelitas con especial  
cariño, por sus consejos y gran ternura.  
Gracias donde quiera que se encuentren.*

*A la memoria de mis tíos José y Rodolfo,  
ejemplos de superación y valentía.*

*A mi asesor de tesis, Roberto Ávila Ornelas,  
Licenciado en Derecho, profundo conocedor  
de la problemática penal y destacado  
profesor Universitario, por su desinteresada  
participación en la elaboración de este  
trabajo de tesis.*

## ÍNDICE

### ESTUDIO DEL ARTÍCULO 466 DE LA LEY GENERAL DE SALUD, RELATIVO AL DELITO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

#### INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO I.- Consideraciones acerca de la persona.

CAPÍTULO II.- Aspectos genéricos de la inseminación artificial.

CAPÍTULO III.- Nociones fundamentales en el delito de inseminación artificial.

CAPÍTULO IV.- Estudio del artículo 466 de la Ley General de Salud.

#### CONCLUSIONES.

#### BIBLIOGRAFÍA.

## INTRODUCCIÓN.

Hoy día el tema de la inseminación artificial ha creado expectativa en virtud de que en diversos países (los más industrializados y avanzados) como Estados Unidos, Inglaterra, Japón, etc., se ha estado utilizando para la procreación humana con óptimos resultados. México no ha escapado a ese sistema.

Tan es así que en el ámbito médico clínico se ha estructurado un sistema complejo para asistir a las mujeres que desean procrear utilizando el sistema de inseminación artificial. A este respecto existe una regulación jurídica que norma ese sistema de procreación. Así es como en la Ley General de Salud, en su artículo 466, la hipótesis en que se considera como delito a la inseminación artificial, pero como toda exposición legal es perfectible ello fue el motivo para definir propuestas para una mejor aplicación del artículo citado y evitar la proliferación de actitudes y comportamientos ilícitos por parte de quienes participan en el proceso de la inseminación artificial.

En el capítulo I se abordan aspectos doctrinarios acerca de los conceptos persona, persona física y persona moral para comprender que quien puede disponer de su cuerpo, es la persona física como individuo, en el entendido de que tiene el privilegio de contar con una serie de derechos personalísimos. Se habla de las cuestiones teóricas que establecen posturas respecto de los derechos personalísimos.

Se hace referencia al marco legal que regula el derecho de disponer del propio cuerpo humano haciendo mención a las disposiciones

correspondientes en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Materia del capítulo II, son los aspectos genéricos de la inseminación artificial. El propósito es de que se comprendan los conceptos clínicos-médicos tan comunes entre los profesionistas que intervienen en el proceso de procreación citado pero desconocidos para quienes nos situamos en campo tan diverso como es el Derecho. Así apoyada por diversos autores se hace referencia al embarazo natural desde el momento mismo de la unión hombre-mujer al momento del nacimiento de un nuevo ser.

Se menciona la definición de inseminación artificial así como de sus variantes: homóloga (I.A.H.) heteróloga (I.A.D.), post mortem, in vitro y finalmente útero subrogado.

Si el propósito de este trabajo es el de estudiar a la inseminación artificial considerada como un delito al amparo del artículo 466 de la Ley General de Salud, menester es comprender qué es un delito, así en el capítulo III se hace una exposición del concepto y la clasificación del delito.

Se hace referencia a la averiguación previa como la etapa procedimental en que se conoce por primera vez de un delito. Se citan cuáles son los requisitos para que se proceda a dar inicio a la misma, las diligencias básicas de investigación y las determinaciones que puede emitir el representante social o Ministerio Público. Se expresa en qué momento la inseminación artificial es considerada como delito.

Finalmente en el capítulo IV se hace un estudio del artículo 466 de la Ley General de Salud relativo al delito de inseminación artificial. En él se establecen los criterios que consideramos constituyen elementos determinantes para acreditar que la inseminación artificial cae en el campo del delito: por ausencia de consentimiento, por responsabilidad médica, por el fin diverso a que fue otorgado y por responsabilidad de los contratantes.

**CAPÍTULO I.- Consideraciones acerca de la persona.**

**I.1.- Acerca de las personas.**

**I.2.- De los derechos personalísimos.**

**I.3.- Marco legal que regula el derecho a disponer del propio cuerpo.**

## **CAPÍTULO I.- Consideraciones acerca de la persona.**

### **I.1.- Acerca de las personas.**

Es importante que antes de adentrarnos al panorama de la inseminación artificial considerado como delito al amparo del artículo 466 de la "Ley General de Salud", sepamos qué límites establece la norma para que el individuo pueda disponer de su cuerpo. Para ello es imprescindible comprender quiénes pueden disponer de su cuerpo, cuáles son sus derechos y el marco legal que regula tal situación.

Para analizar lo anterior nos guiamos en la tesis profesional realizada por Juan Ángeles Bautista<sup>(1)</sup> porque a consideración nuestra es una investigación seria que engloba los conceptos de "persona" y "derechos personalísimos". Es pertinente dejar aclarado que los autores citados en dicha tesis también los mencionaremos; lo anterior es con el fin de que el lector sepa la fuente original de quién emite el concepto expuesto.

Indica Juan Ángeles Bautista que etimológicamente la palabra persona, según F. Puig Peña, viene del verbo latino "sono", as, are (sonar), y el prefijo "per", que refuerza el significado (resonar, sonar mucho). La etimología se relaciona con la máscara que en el teatro usaban los actores para representar la fisonomía correspondiente a su papel y carácter, cuando en la fábula latina vulpes ad paersonam

---

(1)ÁNGELES BAUTISTA. Juan "La naturaleza del derecho al propio cuerpo humano", tesis UNAM. México. 1969 págs. 19 a 23 y 28 a 30.

trágicam, "paersonam" se traduce como busto, se comete una inexactitud, su traducción verdadera es: mascarilla de teatro. Por una figura de lenguaje muy común, se le llamó persona al mismo actor que llevaba la mascarilla, (en la actualidad se habla de personajes en las obras teatrales); de aquí pasó al personaje representado por ella y luego a los actores de la vida social y jurídica, es decir a los hombres considerados como sujetos de derechos. Por lo tanto desde el punto de vista etimológico; persona es igual a hombre. "Persona es el hombre y las asociaciones que constituye."<sup>(2)</sup>

En forma tradicional se han venido reconociendo dos clases de personas: las personas físicas y las personas morales y éstas últimas pueden definirse según Ruggiero:

"Como toda unidad orgánica resultante de una colectividad organizada o de un conjunto de bienes, a la que para el logro de un fin social, durable y permanente, se reconoce por el Estado capacidad de derecho patrimonial."<sup>(3)</sup>

Guillermo F. Margadant S. en forma categórica afirma:

"En el derecho moderno el concepto de persona física coincide con el de Ser Humano"<sup>(4)</sup>

---

(2) PUIG PEÑA, F. "Tratado de Derecho Civil Español", Tomo I, Vol. 1 pág. 32.

(3) DE PINA, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Editorial Porrúa. S. A., México 1995, pág. 270.

(4) FLORIS MARGADANT, Guillermo. "El Derecho Romano Privado". 13ª Edición. Ed. Porrúa. S. A., México, 1985 pág. 119.

Por su parte Rafael de Pina dice que persona física es el ser humano, hombre o mujer. El derecho moderno no admite la posibilidad de la existencia de una persona que carezca de la capacidad jurídica en abstracto. La institución de la esclavitud, que reducía al hombre a la condición de cosa, ha desaparecido felizmente. La Constitución General de México prohíbe expresamente la esclavitud y declara que los esclavos extranjeros que entren al territorio nacional alcanzarán por este solo hecho su libertad y serán protegidos por nuestras leyes (artículo 2).

"Sin embargo, en los países de tipo totalitario de Europa y en dictaduras de tipo castrense que padecen algunas Repúblicas Americanas, existen grandes núcleos de población sometidos a una situación tan cruel e inhumana como la que suponía la muerte civil, y que representaba una verdadera "muerte política", que coloca al margen de toda investigación en los negocios públicos a los miembros de la comunidad que no comparten la ideología del dictador, y los somete a una vigilancia policiaca tan rigurosa como vejatoria, que dificulta hasta la gestión de sus actividades privadas." ( 5)

Así como en la doctrina de los grandes tratadistas ha sido considerado el ser humano como persona física por excelencia, en otro tiempo también se llegó a reconocer cierta personalidad a los animales, es decir, se les consideró entes responsables, ahora eso es inconcebible por la progresiva evolución del ser humano. La tradición, por otra parte, no ha consistido en prácticas únicas, uniformemente aplicables, estáticas e incambiables; por el contrario, a medida que la especulación

---

(5) DE PINA, Rafael. Ob. Cit. Págs. 207 y 208.

científica, técnica y jurídica de los tratadistas se ha superado, se ha refinado la regulación de la conducta humana a través de las diversas opiniones que por el bien de la humanidad se han vertido. Con ese deseo los legisladores de diferentes países han tratado de plasmarlas en normas jurídicas, para formar en cada país su propio orden jurídico según sus inclinaciones, por las influencias ideológicas, políticas, económicas, sociales o geográficas que imperen en cada uno pero siempre figurando como centro de esta finalidad que se persigue, el bienestar del hombre, ser humano o persona física.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su Título Primero, Capítulo 1, se refiere a las personas físicas, dándoles no sólo la primacía, sino las más amplias garantías dentro de ese orden constitucional, de tal modo que este capítulo se titula. "De las Garantías Individuales" las cuales se refieren al gobernado como sujeto del derecho frente al Estado. para ser respetado por éste y tomado en cuenta para defender los derechos que le corresponde a cada individuo los cuales son reconocidos en todo el Primer Capítulo de la Constitución.

Se debe tener en cuenta el reconocimiento que en la Constitución se hace del hombre persona física, frente al Estado, para que éste lo respete a través de los gobernantes y demás funcionarios, en sus garantías otorgadas, de tal manera que en su artículo primero dice:

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

El Código Civil, libro primero, se refiere a las personas y en su título primero a las personas físicas, y aunque no las define, sí marca sus limitaciones como tales, determinando en forma general sus derechos y obligaciones:

“Artículo 22- La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código”.

“Artículo 23- La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones de la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes”.

“Artículo 24- El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley”.

## I.2.- De los derechos personalísimos.

Expresa Juan Ángeles Bautista <sup>(6)</sup> que la persona física es considerada como centro de imputación jurídica de derechos y obligaciones. Aborda al autor Alberto G. Spota, que dice:

“En el primer supuesto nos hallamos ante los llamados derechos de la personalidad o derechos personalísimos, inherentes a la persona, irrenunciables e intransmisibles. Así, el nombre

---

(\*)ÁNGELES BAUTISTA. Juan. Ob. Cit. Págs. 30 a 35, 37, 42, 44, 46, 47, 51, 52 y 53

civil es un derecho subjetivo extrapatrimonial que tiene por soporte la propia persona, pero que lo pensamos independiente y separado de esta misma, como un "bien jurídico" autónomo. No resulta adecuada a la esencia del derecho subjetivo y a la de relación jurídica expresar que el "objeto" de los así llamados derechos de la personalidad está constituido por la propia persona. Afirmar que "el poder de voluntad del hombre no se extiende solamente al exterior a él, sino también a su propia persona", no concuerda con la esencia de tales derechos de la personalidad. Su objeto descansa en la persona, pero también se independiza de ésta en cuanto lo "pensamos" separadamente de ella. El nombre es un derecho subjetivo extrapatrimonial que hemos de concebir como un objeto que no es la persona misma, aun cuando su función tienda a individualizarla y sea como el signo de su "personalidad" civil, política, intelectual, mercantil, etc., si el ordenamiento jurídico acepta derechos subjetivos que amparen, en calidad de poderes atribuidos a la persona, esa esfera de la personalidad los llamados "derechos" a la vida, al honor, a la reserva, a la propia imagen, a la libertad, a la integridad física, a la salud, al descanso, al placer, etc., es un problema que ha de resolverse caso por caso como ya se ha resaltado. Lo cierto es que un progreso constante en esta materia ha de elevar esos derechos de la personalidad (derechos "originarios" o "innatos" del jus naturalismo) al nivel de auténticos derechos subjetivos privados y no en meros reflejos del Derecho Público, sea del Derecho Constitucional, sea del Derecho Penal, sea del Derecho Administrativo."<sup>(7)</sup>

Ruggiero, en sus "Instituciones de Derecho Civil" dice:

---

(<sup>7</sup>)G. SPOTA. Alberto. "Tratado de Derecho Civil". Tomo I. Parte Gral. Vol. III pág. 19

“Persona es, pues, todo sujeto de derecho. Ahora bien; en cuanto el hombre es persona, derivan de él una serie de facultades o poderes que no podrían desconocerse sin negarle la cualidad de persona. Estas facultades que una antigua terminología llamaba derechos innatos y que la escuela del derecho natural concibió como preexistentes a su reconocimiento por parte del Estado y que declaró absolutos e imprescriptibles, derivan de la naturaleza humana, que es su fundamento natural, pero hallan siempre en el estado su fuente de existencia: derechos esenciales de la persona, consisten en las libertades que son garantizadas al hombre por el derecho objetivo, ya sean libertades de acción o de pensamiento, políticas o civiles, de asociación o religiosas, etc. Surgen en el individuo facultades singulares como el derecho a la libertad, a la integridad personal, a la vida, al honor, los cuales constituyen en su conjunto, la personalidad. Pero si la suma de estas facultades implica la esencia de la personalidad puede llamarse derecho de personalidad, no debe creerse que la personalidad por sí misma representa un derecho subjetivo, un derecho del individuo a ser reconocido como persona, es decir como sujeto. La personalidad es, por el contrario, el supuesto de todo derecho subjetivo, porque el derecho presupone necesariamente la existencia de la persona, no siendo concebible un ordenamiento jurídico sin su agrupación de sujetos capaces. Y analógicamente, no constituye derecho subjetivo la capacidad jurídica. Puesto que el concepto de personalidad se identifica, como hemos dicho, con la capacidad jurídica, se debe repetir, en cuanto a ésta, la observación hecha respecto de aquélla. Ella es el supuesto de todo derecho subjetivo, la base natural de la que surgirán las relaciones jurídicas concretas en que el particular interviene. Puede, en ocasiones, el derecho objetivo desconocerla o restringirla y podrá ejercitarse dentro de los límites señalados por el ordenamiento jurídico. Fuera de

estos casos, compete a todos, en cuanto son sujetos de derecho y viene reconocida por el ordenamiento jurídico y tutelada contra todo atentado, mediante sanciones de carácter general.”<sup>(8)</sup>

De las opiniones de los tratadistas antes expuestas sobre los “derechos de la personalidad”, éstos ya han tomado carta de naturalización y se han abierto paso en su estudio científico - jurídico. Es de interés dejar claramente asentado lo anterior para poder hacer un estudio especial de uno solo de estos derechos ya que su designación misma conduce a pensar que se trata de un grupo de derechos entrelazados estrechamente en la intimidad del ser humano, de la persona física, considerada ésta individualmente, pero viviendo en sociedad y no aisladamente, y en una sociedad tan compleja y diversificada, con todos los adelantos técnicos, culturales y científicos con que cuenta actualmente la humanidad.

Tomando en cuenta la división de los derechos de la persona: en corpóreos e incorpóreos, podemos decir que el llamado “derecho al propio cuerpo humano” encaja dentro del primer grupo, es decir, al de los corpóreos.

Henri, León y Jean Mazeaud, expresan:

“A.- Los derechos a la integridad física. El cuerpo humano durante la vida. La protección del cuerpo humano aparece como una de las prerrogativas esenciales del hombre. Ese derecho se

---

(<sup>8</sup>)RUGGIERO. Francesco. “Instituciones del Derecho Civil”. T. I. pág. 216 y 217.

prolonga incluso después de la muerte: derecho del individuo respecto a su cadáver". (9)

El fundamento original de este derecho sobre el cuerpo humano, empieza no cuando el individuo es capaz de poder ejercitarlo, sino desde el momento de la concepción, pues es cuando surge el ser humano como centro de imputación de derechos y obligaciones.

Y al respecto en el Código Civil, se reconoce este derecho al disponer en forma general lo siguiente:

"Artículo 22- La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código".

"Artículo 24- El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley".

Del texto del Artículo 22 se advierte que el Código está reconociendo, no otorgando, ciertos derechos, que declara bajo su protección; derechos que corresponden al concebido, protegiéndolo incluso de quienes lo engendraron, mientras el concebido es incapaz de ejercitar sus derechos por sí mismo, y es importante hacer notar que entre esos derechos el más notable es el de su integridad física, dándole las mayores garantías, protección y ayuda para su rápido y eficaz desarrollo biológico.

---

(9) MAZEAUD, Jean y Otros. "Anuario de Derecho Civil" Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Primera Parte. Vol. II pág. 270.

Por otro lado el artículo 24 se refiere en forma genérica al sujeto que se considera capaz de decidir sobre su persona, como un sujeto cuerdo y sin ninguna deficiencia para actuar, al decir que el mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley.

Así este derecho tiene en primer lugar un fundamento natural y biológico al iniciarse la concepción del ser humano, y que al efectuarse ésta, ese ser conlleva el derecho que tiene sobre su propio cuerpo así como también a desarrollarse reconocido plenamente por el ordenamiento jurídico.

El derecho que la persona física ejerce sobre su cuerpo debía ser designado con el nombre de "derecho corporal humano", siendo sus características las siguientes: es un derecho esencial, individual, indivisible, personalísimo, imprescriptible y de exclusivo interés individual, particular del titular aunque a veces con finalidad social.

A continuación describiremos cada una de las características:

a) Es un derecho esencial porque refiriéndose al cuerpo humano y siendo éste esencial nada menos que para la propia existencia del titular, es natural que se considere a tal derecho con la referida característica, tanto más si se tiene en cuenta que tratándose de los derechos reales y de los personales no es necesario que el titular los ejercite, pero sí tratándose de los derechos personalísimos, en los que resulta imprescindible la existencia de la persona física para su disfrute.

b) Es individual porque sólo corresponde al individuo o persona física titular del mismo, y si bien es cierto que en un momento dado éste puede delegarlo para después de su muerte en un pariente, su cónyuge o cualquier persona de su confianza, esto no le quita tal carácter, ya que el titular mientras viva, siempre podrá revocar la delegación.

Ahora, cuando el titular no pueda ejercitar su derecho por incapacidad natural o legal o por muerte, y se ejercite a través de sus parientes, cónyuge o amigos, entonces se tratará ya de otra clase de derecho, pues recaerá sobre el cuerpo humano ajeno y no del mismo sujeto titular y por tanto será de diversa naturaleza jurídica e inclusive intervendrá el interés público del Estado; pero el derecho que sobre su cuerpo tiene la persona física, siempre es uno y corresponde sólo a ésta y a nadie más que a ella.

c) Es indivisible porque, ya sea que decida sobre la totalidad o sobre parte de su cuerpo la persona física, es ella solamente quien lo hace. Su conducta a este respecto sólo a ella le corresponde, si otro sujeto interviene ayudándole o convenciéndole para que se decida, no quiere decir que se esté dividiendo su derecho. Ahora bien, ejercitar este derecho sobre una parte de su cuerpo no quiere decir que éste sea divisible físicamente, pues esto no es posible jurídicamente.

d) Es inseparable porque únicamente en función de la persona física existe y sólo por ella puede ejercitarse, ya que aunque a nombre o en representación de una persona sea reclamado el derecho, este siempre será alrededor de la persona física titular del mismo.

e) Es personalísimo porque es uno de los derechos de la personalidad, es decir, en forma exclusiva pertenece a la persona física, que se materializa en el ser humano.

f) Es imprescriptible. El Artículo 1135 del Código Civil dispone:

“Prescripción es un medio de adquirir bienes o de librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo, y bajo las condiciones establecidas por la ley”.

De ahí que el derecho que nos ocupa sea imprescriptible ya que no se adquiere ni se pierde por el transcurso del tiempo.

g) Es un derecho de exclusivo interés particular.

Esto es evidente por todo lo antes expuesto, aunque sin dejar de reconocer que el Estado también se interesa por la protección del hombre que vive en sociedad, pero que ya será desde el punto de vista público.

### **1.3.- Marco legal que regula el derecho a disponer del propio cuerpo humano.**

Seguimos en la obra de Juan Ángeles Bautista <sup>(16)</sup> que nos indica que es hasta hace poco que se ha venido gestando el reconocimiento del derecho corporal humano y consecuentemente de las disposiciones

---

(16)ÁNGELES BAUTISTA. Juan. Ob. Cit. Págs. 71, 77, 78, 79, 105 a 108, 126 a 131.

materiales que la persona física hace de su cuerpo; en parte encarando directamente el problema y en parte viéndolo desde diferentes puntos de vista como en el aspecto penal, que con fines de defensa social establece, las disposiciones que en pos de la defensa de la integridad física del individuo, del honor, de la libertad de expresión e ideas interpretadas a contrario sensu evocan el reconocimiento al derecho corporal humano; y que por interpretaciones extensivas que al efecto se hagan, ya se está defendiendo el derecho corporal humano y así se han dictado normas legales.

Por lo que al derecho civil se refiere, se ha dado decisivos pasos al respecto, se ha tenido la inclinación constante por plasmar en leyes el más mínimo derecho que corresponda a las personas y máxime si se trata de las personas físicas; ahora que, el derecho corporal humano, es un derecho que va más íntimo a la persona física en forma especial es necesario una profunda y más acertada Legislación Civil al respecto. no obstante, desde la misma Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su título primero, capítulo 1, denominado De las Garantías Individuales, se han abierto de par en par las puertas para defender cualquier derecho de las personas físicas en la mejor forma posible, ya sea con base en la misma constitución, mediante el Juicio de Amparo en última instancia o a través de las diversas Leyes y Reglamentos que se derivan de la misma Carta Magna. En particular y por lo que se refiere al derecho corporal humano, está el Artículo 14 Constitucional que a la letra dice:

“A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.

Así también está el primer párrafo del Artículo 16 Constitucional que reza:

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

Por lo que respecta al Código Civil, en su libro primero, de las personas, título primero, de las personas físicas, en su Artículo 24 establece:

“ El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley”.

Ahora las llamadas limitaciones que establece la ley, por lo que se refiere a la disposición del cuerpo humano, se encuentran con un sentido defensivo a la persona física, tipificando delitos sancionados en el Código Penal, pero esto en cuanto se refiere a actos que provienen del exterior o sea conducta extraña al sujeto, persona física titular del derecho corporal humano y así en su Título XIX, Capítulo 1, desarrolla los llamados "Delitos contra la vida y la integridad corporal".

Por lo anterior, surge una pregunta: ¿quién puede disponer de su cuerpo?.

Ante esta interrogante se plantea el problema de capacidad de ejercicio de los derechos de las personas físicas, tan ampliamente discutida, rotundamente reconocida, pero es el caso que tanto los autores como los legisladores, nunca han llegado a un acuerdo unánime para todas las épocas y lugares, respecto a qué edad y en qué condiciones una persona física tiene el pleno goce de ejercicio de sus derechos en general; y así en cada autor encontramos una opinión y en forma semejante en cada legislación se adopta una postura, atendiendo a una serie de circunstancias que se imponen en cada lugar y tiempo, empezando desde la influencia doctrinal hasta el medio geográfico, climatológico y demás factores determinantes, para considerar legalmente a una persona física capaz para el ejercicio de sus correspondientes derechos.

Pero lo que interesa es hacer notar que respecto a la capacidad de ejercicio de los derechos de la persona física, está enfocado al ejercicio de su derecho corporal humano, situación que no se ha encontrado desde el punto de vista civil en la forma más prudente y razonable que debiera hacerse, por el contrario sólo se ha rodeado de protección

abundante y muchas veces obsoletas al grado de disminuir al individuo en sus derechos legítimos y justos.

Para poder determinar si dichas disposiciones son lícitas o ilícitas, es urgente mencionar cuándo un acto es considerado lícito o ilícito, tanto por la doctrina como por la ley, principalmente por ésta para así poder encuadrar esa conducta dentro del casillero que le corresponda.

El Código Civil en sus artículos relativos a la licitud e ilicitud dicen al respecto:

“ Artículo 8- Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario”.

“ Artículo 1830- Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”.

“ Artículo 1831- El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres”.

“Artículo 2225- La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa. según lo disponga la ley”.

Atento a lo dispuesto por el Código Civil, el maestro Rafael Rojina Villegas al referirse a los contratos hace la siguiente aclaración:

“Aún cuando el Código Civil se refiere a la licitud o a la ilicitud de los actos o hechos en relación con los contratos, sin mencionar las cosas pues sólo la conducta humana puede recibir tal calificación, sí cabe la posibilidad de que en la

compraventa ésta recaiga sobre una cosa ilícita en cuanto está prohibida su enajenación. Es decir, las cosas en sí mismas no pueden ser lícitas o ilícitas, pero su enajenación o adquisición, como formas de conducta, como procederes si pueden estar prohibidos o permitidos”(1)

De acuerdo con las disposiciones antes transcritas, así como con la respectiva aclaración doctrinal, se hace imprescindible afrontar la realidad que existe respecto al derecho corporal humano, del que urge la reglamentación civil más adecuada y franca, porque de otra manera, todo lo que se haga será al margen de la ley o se podría fundar su legitimidad con base en interpretaciones extensivas que de otras disposiciones legales se hagan, las cuales han sido establecidas con otros propósitos, pero no se podría legitimar directamente el ejercicio justo del derecho corporal humano; ya que el buen sentido tradicional que forma la costumbre nunca dejará de considerar un sacrilegio la deshumanización que del cuerpo humano se pretenda hacer, entonces es la primera y más fuerte oposición que se nos presenta para disponer del cuerpo humano, aunque es un derecho que sólo compete al titular del mismo; pero también al lado de la costumbre tradicional y con base en ésta, tenemos infinidad de leyes de orden público, protectoras de la vida, integridad física, el honor, la libertad, etc., disposiciones que marcan la ilicitud de los actos del hombre es decir, todas aquellas formas de conducta humana que no se ajusten a una disposición legal previamente establecida, y de ahí la necesidad inaplazable de establecer normas legales que de común acuerdo con la costumbre y las leyes de orden público se conjuguen y hagan posible el ejercicio justo del

---

(1)ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. Cit. tomo IV pág. 76.

derecho corporal humano, que se nos presenta ahora no como un problema nuevo, pero sí, como un dilema que urge dar solución para lo cual es necesario hacer resaltar públicamente las opiniones y así obtener de inmediato las más viables soluciones.

También surge otra interrogante: ¿puede contratarse sobre el cuerpo humano u órganos del mismo?, Juan Ángeles Bautista dice que el mismo término de contrato, parece ser algo ajeno a los derechos personalísimos; y en efecto, conforme ha sido tradicionalmente entendido el “contrato” se define como un acuerdo de voluntades para crear y transmitir derechos y obligaciones, luego el maestro Rafael Rojina Villegas en su Compendio de Derecho Civil, cuarto tomo, de contratos afirma que:

“El contrato crea derechos reales o personales o bien los transmite; pero el contrato no puede crear derechos distintos”. (12)

Luego entonces, si no puede crear derechos distintos a los reales y personales, menos aún puede ser posible la transmisión de uno de los derechos personalísimos como lo es el derecho corporal humano que la persona física tiene sobre su cuerpo y esta misma idea ya se expuso antes, no obstante se reitera negando la posibilidad de que el cuerpo humano o partes del mismo puedan ser objeto de contratación en cualquiera de las formas que se conocen, ya que se trata de una institución distinta a todas aquellas que son objeto de cualquier clase de contratación.

---

(12) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. Cit. tomo IV, pág. 8.

Ahora que, existen diversos actos humanos que hacen pensar en la contratación sobre el cuerpo, que en verdad no son más que actos que se relacionan con la existencia de la persona física de una manera muy estrecha, pero no que se contrate directamente sobre el cuerpo humano o partes del mismo en ejercicio del derecho corporal humano; ya que en esos casos, si es que existe un contrato, es en relación con el cuerpo humano pero no sobre el mismo: así puede ser sobre alguna prestación de servicios, deporte o cualquier otra empresa muy diferente a ejercitar cualquier derecho personal y contratar sobre él.

En esta forma los autores han tratado de explicar esta situación desde diferentes puntos de vista, pero, todos concluyen en negar la posibilidad de contratar sobre el cuerpo de las personas físicas.

Ruggiero, comenta en sus Instituciones de Derecho Civil que:

“ No debe confundirse con la patrimonialidad la posibilidad de que un derecho origine a su titular eventualmente una ventaja económica. En efecto, si un derecho no patrimonial es ofendido o violado, surge para su titular, en virtud de la protección que el ordenamiento le concede una acción contra el violador, dirigida al resarcimiento del daño, ya sea material o moral. Ahora bien, si el daño es material el juez lo valúa en dinero para proporcionar el resarcimiento, si es moral, además de otras formas de reparación, existe la condena pecuniaria, como compensación de la ofensa sufrida y como medio que vaya a procurarle otras utilidades económicas en situación de aquella no económica que le ha sido disminuida o de la que ha sido despojado; en uno y otro caso, la naturaleza del derecho no varía. No es patrimonial, por que una cosa es el derecho en sí, otra su contenido objetivo y otra muy distinta es la violación del

mismo, así como el efecto que produce en el patrimonio del ofendido, a quien la violación hace adquirir un derecho de crédito."<sup>(13)</sup>

El derecho moderno ha ido más allá, negando eficacia a toda convención, por la cual una persona se obligue de por vida o por tiempo indeterminado a emplear su propia actividad en servicio ajeno no se concede protección a quien atente contra su propia vida y se impone a ciudadanos y funcionarios el deber de prestar socorro e impedir el suicidio, siendo castigado penalmente quien haya inducido a otro o le preste ayuda en la realización de su propósito (Código Penal Art. 312), ni sería descabellada una represión penal de la tentativa del suicidio aunque no exista castigo para quien la lleve a efecto, pues no se debe concluir la existencia del derecho de ocasionarse la muerte como facultad protegida por el ordenamiento. No se castiga por que no parece oportuno añadir a los sufrimientos físicos del autor de tal determinación, uno nuevo con la pena.

No es lícito por la *lex omissa* que hay en el embrión suprimir o detener, la vida intrauterina del feto y es castigado como delito el aborto procurado aunque haya sido realizado por la mujer (Código Penal Art. 332). No es protegido jurídicamente en la vía civil el acto por el cual alguien se obliga a dar partes del propio cuerpo aunque se destinen a investigaciones científicas.

Por otro lado, es discutible la validez de los contratos de cirugía estética; es difícil condenarlos ya que, por ejemplo a consecuencia de un accidente que ha desfigurado a una persona, es legítimo que esa

---

(<sup>13</sup>)RUGGIERO. Francesco. Ob. Cit. Tomo I, pág. 223.

persona quiera borrar los rastros de dicho accidente, pero el cirujano incurre en culpa si la operación con la finalidad puramente estética presenta un riesgo grave para el operado.

Las convenciones que permitan causar voluntariamente un atentado perjudicial a la integridad física, están prohibidas desde luego, pues suponen un atentado perjudicial a la integridad física, significa que toda persona tiene derecho a defender su vida contra toda agresión; pero no que pueda disponer de la misma.

No solamente son nulas las convenciones que ponen en juego la vida o la integridad física, sino que el consentimiento de la víctima no priva al acto de su carácter delictivo. La muerte dada con la autorización o petición de un desesperado es un homicidio; la mutilación a una persona con su consentimiento es un delito. No es dudoso cuando el contrato se ha concluido con un fin reprehensible: mutilación de un soldado, esterilización. Pero se impone igual solución cuando el acto ilícito ha sido cumplido con una finalidad humanitaria: la eutanasia es siempre un crimen.

El fin científico de experiencias intentadas sobre una persona que lo consintiera, no justificaría una lesión a su integridad corporal y no le daría fuerza al contrato.

La jurisprudencia admite la validez de los contratos realizados entre boxeadores, igualmente, en ocasión de deportes peligrosos. Sin embargo, esos contratos serían nulos si implicaran un riesgo serio para los participantes.

¿Qué pasa cuando una persona autoriza que sea utilizado su cuerpo con un fin científico, luego de su muerte para una autopsia o para realizar injertos? La Ley del 7 de julio de 1949 no autoriza

expresamente más que los legados de la córnea y no se refieren a los contratos susceptibles de ser cumplidos, a este respecto se impone cierta reserva; tales contratos son ciertamente útiles; pero es extraño que una persona resulte comprometida definitiva e irrevocablemente por un contrato de esta naturaleza. El legado autorizado por la Ley de 1949 no está incluido en ese reproche; algunos sentimientos respetables se oponen a que esas convenciones sean tratadas como las que recaen sobre cosas que están en el comercio.

Los contratos que acaban de ser estudiados son una lesión voluntaria a la integridad física. Otra cuestión muy importante se plantea ante los tribunales: las convenciones llamadas de irresponsabilidad, por las cuales una persona conviene por anticipado que no será responsable por los daños que cause involuntariamente, ¿son válidas cuando el daño considerado consiste en un atentado a la integridad física del contratante?

El cirujano antes de participar en una operación; el automovilista antes de tomar un pasajero, ¿pueden convenir válidamente que no incurrirán en ninguna responsabilidad por los daños que son susceptibles de causar? En principio, la jurisprudencia no admite la validez de esas convenciones de irresponsabilidad, porque el cuerpo humano está fuera del comercio.

León Mazeaud, en su artículo de revista "Los contratos sobre el cuerpo humano", concluye su estudio haciendo la siguiente afirmación: "Podemos ya, después de este análisis, precisar y formular la regla que

---

(<sup>14</sup>) MAZEAUD, Jean y otros. Ob. Cit. Parte. Vol. II págs. 280, 282 y 283.

sitúa a la persona humana fuera del tráfico, por encima de las convenciones.

Dicha regla no tiene ciertamente un sentido absoluto, no quiere decir que todas las convenciones relativas a la persona humana sean nulas. Si la convención tiene por objeto un acto que afecte a la persona sin causarle un daño, es lícita.

Pero la regla no ha muerto. Por ella quedan prohibidas, salvo las excepciones expresamente establecidas por el legislador las convenciones que autorizan la realización de un daño a la persona humana, incluso cuando se trata de un daño involuntario, como acabamos de decir.

Situar a la persona fuera del tráfico equivale a colocarla por encima de las convenciones que sean perjudiciales para ella. El daño a las personas sigue siendo ilícito".<sup>(15)</sup>

Kummerov Gert, en su artículo "Aspectos relativos a la propiedad del cadáver"; comenta que:

"En la actualidad pueden ser consideradas como conclusiones dominantes en la doctrina:

A) Son admisibles los contratos gratuitos sobre el propio cadáver, siempre que las mismas persigan un fin científico, esto es, que su causa última implique un resultado presumiblemente positivo para la ciencia.

B) Son, por el contrario, nulas por contra la noción de "buenas costumbres", los contratos a título oneroso, sobre el propio cuerpo, aún cuando revistan carácter científico los fines perseguidos.

---

(15) MAZEAUD. León. Anuario del Derecho Civil, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. T.VI Frac. I enero-marzo de 1953. Madrid, España "Los contratos sobre el cuerpo humano". Págs. 92 y 93.

Igualmente los negocios jurídicos de los terceros o de los parientes sobre el cadáver que no se refieran al funeral, a la autopsia o cosas semejantes, deberán considerarse nulos en concepto de inmorales.

En ambos casos se resiente tanto la influencia de las concepciones morales dominantes en nuestro mundo, como la penetración del criterio de "derecho-deber", que encierra así el llamado "derecho de disposición sobre el cuerpo humano", es decir, la consecuencia última del derecho general de la personalidad". (16)

Como podrá apreciarse es completa la información que logró recabar Juan Ángeles Bautista y que se expone en este primer capítulo dejando constancia de ello.

---

(16) KUMMEROV, Gert. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. No. 1.- Caracas, 1957. "Aspectos relativos a la propiedad del cadáver".

## **CAPÍTULO II.- Aspectos genéricos de la inseminación artificial.**

La inseminación artificial conlleva a una serie de cuestionamientos en virtud de que se entremezcla con conceptos que han mantenido una tradición como son el derecho a la familia y el derecho a la reproducción humana, entendiendo estos últimos como derechos inalterables.

Así, podemos mencionar lo citado por el autor Antonio de Ibarrola:

"Notamos como para el concierto de Naciones, la familia sigue siendo la unidad básica de toda sociedad. Y la familia siempre se ha basado en el matrimonio, que es una institución jurídica, la primera y más importante de las instituciones jurídicas privadas. Su antigüedad y su importancia en la historia de la humanidad, la colocan en la cumbre de las instituciones culturales. El matrimonio ha alcanzado esta preeminencia, no sólo en algunos pueblos o razas desarrollados en condiciones especialmente favorables a su evolución, sino en la humanidad entera. Las investigaciones etnológicas más recientes denotan con certeza que el matrimonio y la familia son estructuras primarias de la vida humana en común, a las que cabe considerar como el producto de una lenta evolución". (17)

Cuánta razón le asiste al autor. En México, por lo menos se conserva la tradición del matrimonio y de la familia, ésta es

---

(17) DE IBARROLA, Antonio. "Derecho a la familia". 2ª Edición. Editorial Porrúa, S. A., México 1981. pág. 11.

considerada el núcleo de la sociedad. Se dice que una familia bien estructurada dará hijos ejemplares con una educación basada en sólidos principios morales.

Respecto al derecho a la reproducción humana, la legislación civil estatuye el marco jurídico en el que se determinan las hipótesis en que la pareja hombre - mujer puede reproducir la especie, es el caso del embarazo natural.

Al respecto se pronuncia la autora Leonor Taboada quien indica que el embarazo natural:

"Se produce cuando se unen, en el interior del cuerpo de una mujer, generalmente en el tercio exterior de la trompa de Falopio, un óvulo femenino y un espermatozoide masculino. Tanto el óvulo como el espermatozoide contienen 23 cromosomas, la mitad de la carga genética de todo ser humano.

El espermatozoide de tamaño microscópico, se produce en los testículos del hombre, a ritmo constante, desde la adolescencia. Se calcula que en cada eyaculación el hombre emite entre 300 y 500 millones de espermatozoides. Es el espermatozoide quien determina el sexo del embrión.

El óvulo es la célula más grande del cuerpo humano y se produce en los ovarios de la mujer, cíclicamente y desde la adolescencia, aunque se encuentran en potencia desde el nacimiento, en forma de folículos contenidos en los ovarios.

Al nacer, la niña tiene alrededor de 400 mil folículos. El ciclo menstrual comienza cuando, en la pubertad, una glándula del cerebro, la hipófisis, envía a los ovarios ciertos estímulos a través de mensajeros químicos (LH y FSH) que, a lo largo del ciclo menstrual, producirán dos hormonas, estrógeno y progesterona.

Al inicio después del comienzo de cada regla, los ovarios empiezan a producir estrógeno,

desarrollándose así varios folículos mientras crece en el útero un tejido llamado endometrio. El endometrio, en caso de que se produzca un embarazo, acogerá el embrión para que se implante.

El estrógeno es también responsable de la paulatina apertura del cuello del útero, así como del cambio del flujo, cada vez más abundante, más líquido y transparente para facilitar la subida del espermatozoide por el canal vaginal hacia el útero y luego las trompas de falopio.

Unas dos semanas después del comienzo de la regla en ciclos regulares un óvulo (sólo uno salvo en casos excepcionales sin que se sepa cómo, se realiza esa selección espontánea) alcanza la madurez total y, poco después de que se produzca una fuerte descarga de progesterona, es expulsado del ovario.

Los otros folículos degenerarán seguidamente. El óvulo es entonces aspirado por las trompas de falopio, cuyas extremidades lo aspiran y, mediante pequeñas contracciones, bajando por la trompa hacia el útero.

En el momento de la ovulación, el ovario empieza a producir progesterona a ritmo creciente mientras decrecen los estrógenos. La progesterona es responsable de otras transformaciones del cuerpo de la mujer que tienden a garantizar el éxito del embarazo: cierre del orificio cervical, transformación del modo cervical en medio hostil a los espermatozoides y estimulación del endometrio para que éste produzca vasos nutritivos en caso de que el óvulo hubiera sido fecundado. La segunda fase del ciclo dura otros dos semanas. Si no ha habido embarazo. El ovario deja entonces de producir estrógeno y progesterona y el endometrio, ya sin apoyo, se elimina, produciéndose la menstruación.

El óvulo, en su descenso por la trompa, no se encontrará espermatozoide hasta horas después. Los espermatozoides, dentro del útero, pueden

sobrevivir varios días, lo que indica que el embarazo es posible aunque el coito hubiera ocurrido bastante antes de la ovulación.

Si el óvulo y el espermatozoide se encuentran, éste traspasa la membrana pelúcida del óvulo y comienza una reacción química que induce la división de las células embrionarias. El cigoto u óvulo fecundado, baja por las trompas y se implanta en el útero donde, si no hay contratiempos, nueve meses después, nacerá una niña o un niño.”<sup>(18)</sup>

Entonces nos encontramos con la existencia de las palabras espermatozoides, óvulos, embarazo, etc., palabras que nos son familiares ya que desde que entramos en nuestra etapa de adolescentes y hasta nuestra muerte las oímos con frecuencia. Y eso es precisamente lo que nos habla de una tradición ya que en nuestro medio sólo se oye hablar del embarazo natural.

Pero en la actualidad y ante el avance tecnológico - científico en materia de biotécnica genética se ha llegado a producir la “inseminación artificial”. En las siguientes páginas se tratará este tema.

## II.1.- Definición.

¿Qué es la inseminación artificial? Al respecto Eduardo A. Zannoni ha expresado:

“La inseminación artificial está estrechamente unida al descubrimiento de que el semen puede fecundar mucho tiempo después de su eyaculación si es adecuadamente conservado (por ejemplo, por congelamiento). Obtenido el semen mediante eyaculación provocada - masturbación,

---

(18)TABOADA. Leonor. “La Maternidad Tecnológica de la Inseminación Artificial a Fertilización in Vitro”. Barcelona. 1986. págs. 21 y 22.

electroeyaculación, masajes vesiculoprostáticos u otros - es luego inoculado durante el periodo fértil del ciclo ovárico de la mujer, cuando es factible que se produzca la fecundación del óvulo maduro". (19)

Leonor Taboada acerca de la inseminación indica:

"...es un proceso sencillo que consiste en depositar semen fresco o congelado en el fondo de la vagina de una mujer fértil (cuando está ovulando)." (20)

De las anteriores definiciones encontramos los siguientes elementos que caracterizan a la inseminación artificial, veamos:

A) Semen fresco o congelado; el semen que servirá en este proceso necesariamente debe tener la característica de que pueda fecundar. De otra manera no se estaría hablando de inseminación artificial.

B) Vagina de una mujer fértil: ello para asegurarse el éxito de la operación y para que se dé la fecundación del óvulo maduro.

La autora Leonor Taboada aconseja practicar tres inseminaciones:

"... una inmediatamente antes de la ovulación, otra durante y la tercer inmediatamente después, con el objeto de maximizar las posibilidades de éxito. El procedimiento es muy sencillo. En caso de que no se recurra a una consulta médica, la mujer, su pareja o la persona que ella decida, introducen con una jeringuilla de plástico una cantidad de semen en el fondo de la vagina.

---

(19) ZANNONI A., Eduardo. "Inseminación Artificial y Fecundación Extraterina. Proyecciones Jurídicas". Editorial Astrea: Buenos Aires. 1978; págs. 28 y 29.

(20) TABOADA, Leonor. Ob. Cit. pág. 33.

Otro método utilizado es el capuchón de Davison, una especie de diafragma que tiene un tubito que cuelga en la vagina y en la que se puede inyectar el semen con una jeringa, atravesar el capuchón y mantenerse en contacto con el cuello del útero." (21)

De la lectura de las líneas anteriores se comprende que la inseminación artificial procede en los casos en que participan la pareja hombre - mujer. Pero la relación hombre - mujer tiene varias aristas:

- A) Hombre - mujer unidos civilmente.
- B) Hombre - mujer unidos en concubinato.
- C) Hombre - mujer unidos en adulterio.
- D) Hombre - mujer sin ninguna relación.

Para estos casos es importante contar con el consentimiento de las partes involucradas en el proceso para que éste tenga feliz término y que es el nacimiento de la criatura.

## II.2.- Homóloga (I.A.H.).

La inseminación artificial homóloga (con semen del marido) se da, precisamente, dentro del matrimonio. Indica Zannoni(22), esta inseminación no contradice la naturaleza en cuanto a lo fundamental: la fecundación del ser humano, con los componentes genéticos del marido y mujer. Falta el coito o cópula perfecta entre ellos, pero no porque éstos la excluyan del objeto de su matrimonio sino porque, ese coito o

---

(21)Idem. Págs. 33 y 34.

(22)ZANNONI A., Eduardo. Ob Cit. Págs. 49 y 50.

cópula no logra satisfacer un fin que está ordenado por la naturaleza: la procreación. Si se recurre a la técnica para procrear es porque los esposos no logran superar su infertilidad, no obstante haberlo intentado por los medios idóneos para la procreación. Indica que no recurrir a la inseminación en estos supuestos frustra el fin natural de la unión matrimonial. Así, la obtención del semen a través de la masturbación no es, entonces inmoral; es sólo el medio para posibilitar el fin natural.

### II.3.- Heteróloga (I.A.D.).

La inseminación artificial heteróloga (con semen de un tercero) se da, precisamente, dentro del matrimonio.

En este apartado nos apoyamos en la exposición de Pedro F. Silva Ruiz que indica:

“...los cónyuges, ante la esterilidad del marido, pueden recurrir a utilizar el semen de un “tercero” o donante para la inseminación.”<sup>(23)</sup>

Abundando en el tema, Eduardo A. Zannoni expresa:

“...pero puede ocurrir que frente a la esterilidad del marido - vgr. Azoospermia, necrospermia, etc., - la pareja decidiese recurrir a la inseminación artificial utilizando el esperma fértil de un tercero. En ese caso la inseminación no es sólo una técnica o método para permitir la

---

<sup>(23)</sup>SILVA RUIZ, Pedro F. “El Derecho de Familia y la Inseminación Artificial “In Vitro” e “in Vivo””. En Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, S. A., Abril, 1987 UNAM, pág. 326.

fecundación genéticamente conyugal, sino que además aporta un componente genético ausente en la pareja para fecundar... Uno de los componentes genéticos de la fecundación - esperma fértil - está ausente, falta. La inseminación lo aporta. Lo introduce "desde afuera" (inseminación heteróloga)... La fecundación se obtiene sin cópula o coito. El semen es inoculado mediante jeringas o catéteres y depositado en el cuello vaginal o en las cercanías del óvulo femenino."<sup>(24)</sup>

Sigue indicando el autor <sup>(25)</sup> que en el caso de la esterilidad del marido se da un cuestionamiento ético y que radica en que los esposos, por un acto de voluntad, aceptan que intervenga en la fecundación el elemento activo de un tercero quien cede ese elemento que le ha sido dado por la naturaleza para procrear sin hacerse personalmente responsable del nuevo ser que contribuye a crear. Expresa que se considera (esta inseminación) un acto similar al adulterio en su valoración ética, porque en el adulterio hay una entrega del cuerpo, reprobada moralmente, por parte del esposo (a) que mantiene una relación sexual extramarital. Apunta que el hijo es fruto genético y trascendencia genética de sus dadores de vida; por lo que la inseminación artificial de la esposa con el esperma que no es de su marido compromete esa trascendencia genética. Genéticamente el hijo es de un tercero que no es el padre. Hasta aquí lo expuesto por el autor.

---

<sup>(24)</sup>ZANNONI A., Eduardo. Ob. Cit. Pág. 41.

<sup>(25)</sup>Idem. Págs. 51 y 54.

#### II.4.- Post mortem.

Indica Pedro F. Silva Ruiz<sup>(26)</sup> que de trascendental importancia es el supuesto de la concepción de un hijo mediante inseminación homóloga (I.A.H.) que sea practicada después del fallecimiento del marido. Puede ocurrir que la esperma se conserve congelada y el marido consintiera, antes de su muerte, a la inseminación de su esposa.

Expresa el autor un juicio e indica que no debe ser aceptada ontológicamente el hijo que ha sido concebido cuando el dador del semen ya había dejado de existir, de ser. Ese semen no es atribuible a persona alguna al momento en que la inseminación se realiza y la fecundación se logra. Así, el hijo podría decir que fue engendrado con semen conservado de su padre, pero no por su padre. Alude a la existencia de anteproyectos de ley que aceptan la inseminación post mortem siempre que se den los siguientes requisitos:

- A) Marido muerto;
- B) Que la viuda se insemine;
- C) Que exista consentimiento del marido (antes de morir);
- D) Que sea semen almacenado del difunto esposo;
- E) Que la viuda quede embarazada;
- F) Que nazca un hijo; y
- G) Que la viuda no haya contraído nuevo matrimonio antes del nacimiento del hijo.

Hasta aquí lo expuesto por el autor.

---

(<sup>26</sup>)SILVA RUIZ. Pedro F. Ob. Cit. págs. 326 y 327.

## II.5.- Fertilización in vitro.

En términos sencillos Pedro F. Silva Ruiz nos expresa:

“Fertilización In Vitro es un término genérico que denomina varios métodos médicos que se utilizan para remediar algunos tipos de infertilidad.

1) El método más frecuentemente utilizado consiste en la remoción del óvulo materno, su fertilización in vitro con semen del marido y su implante en el vientre de la misma mujer de donde aquél procedió. En otras palabras, en vez de fertilizar en vivo, la fertilización es in vitro.

2) El segundo método es una variación del primero, en cuanto el semen fecundante proviene de un tercero o donante.

Las situaciones anteriores presentan algunas cuestiones similares a la I.A.H. e I.A.D.

3) Un tercer método conlleva la utilización de ambos óvulos y semen de donantes. La madre fisiológica no es la madre genética. Se fertiliza in vitro y luego se implanta en el vientre de la madre fisiológica.

4) Es también posible que óvulos fertilizados (embriones) no se implanten en el vientre de una mujer y se mantengan en laboratorio con fines de investigación. Luego podrían ser destruidos.”<sup>(27)</sup>

La fertilización in vitro es denominada por Zannoni como fecundación humana extrauterina y nos apoyamos en este autor para hurgar en la historia clínica y saber desde cuándo se maneja esta técnica de reproducción. Indica el autor<sup>(28)</sup> que el 26 de julio de 1978, el mundo entero fue conmovido por la noticia pública del nacimiento

---

<sup>(27)</sup>Idem. Pág. 330.

<sup>(28)</sup>ZANNONI A., Eduardo. Ob. Cit. Págs. 19 a 28.

del primer bebé concebido fuera del seno materno mediante la fecundación de un óvulo de su madre, lograda en el laboratorio.

El hecho importa la culminación de una larga serie experimental en el campo de la ectogénesis o "gestación en tubo de ensayo" que se vincula, a su vez con los logros científicos alcanzados por la moderna embriología médica.

Los protagonistas: Lesley Brown, inglesa de treinta y dos años de edad, estéril por obstrucción de las Trompas de Falopio, a quien logró extraérsele un óvulo maduro que, en condiciones termostáticas y químicas adecuadas, fue fecundado in vitro con espermatozoides de su esposo, John Brown. Obtenida la fecundación, el embrión - óvulo fecundado, huevo o cigoto - fue implantado en el útero de Lesley Brown en donde cumplió normalmente las etapas del desarrollo fetal que culminó en el alumbramiento exitoso de una niña de 2.300 Kg. Los autores y responsables científicos del hecho: los doctores Patrick Steptoc, ginecólogo y Robert Edward, fisiólogo, ambos investigadores en el campo de la genética médica. El lugar: el Oldham Hospital situado a unos pocos kilómetros de Manchester, Gran Bretaña, en la pequeña localidad de Oldham Mumps.

Por primera vez -públicamente al menos- se había logrado cerrar el ciclo: la fecundación extrauterina de un ser humano, la posterior implantación del embrión en el útero y su desarrollo completo hasta alcanzar el nacimiento.

Sin embargo, deben señalarse algunos antecedentes significativos en el plano científico. Ya desde fines del siglo pasado se venían realizando diversas investigaciones sobre la ectogénesis en conejos, ratas, etc. Un notable zoólogo británico también, Gregory Goodwin Pincus (1903-1967), obtuvo hacia fines de la década de 1930 un

promisorio resultado: logró la activación artificial de un óvulo fecundado de una coneja y el primer parto de un conejo vivo sin padre. Sus investigaciones prosiguieron en el área de la biosíntesis de las hormonas suprarrenales. Pincus llegó a ser el "padre de la píldora", al obtener el primer compuesto anticonceptivo por vía oral, la FDA, lanzada al mercado de los Estados Unidos en 1963.

A partir de la década de 1940 las experiencias e investigaciones en este sentido se extendieron a seres humanos. Se imputan las de científicos como Rock y Menkin (1944), Landium y Shettles (1953), Petrov (1958) y Moricard (1959). Todos ellos lograron fecundaciones in vitro aunque no pudieron prolongar la vida del embrión más de cinco o seis días.

Pero debe recordarse - como verdadero hito - el experimento que entre 1960 y 1961 realizó el biólogo italiano Daniele Petrucci, investigador de la Universidad de Bolonia; quien logró el desarrollo de embriones in vitro, uno de los cuales se mantuvo vivo durante casi sesenta días en el tubo de ensayo y cuya evolución fue, incluso, filmada.

Es de hacer notar que, en este caso, Petrucci no pretendía más que estudiar los caracteres de las células que originan ciertas malformaciones como la leucemia y el cáncer.

No obstante se debe a Petrucci un notable avance en el estudio del desarrollo embrional desde la fecundación. Su filmación permitió observar la segmentación inicial de las células embrionarias - blastómeros - hasta formarse el embrioblasto, núcleo a partir del cual evoluciona el cuerpo embrionario.

Si en afán prospectivo, se proyectan todas estas conquistas de la biología y de la genética, la proeza de Steptoe y Edwards provoca las

más inusitadas interrogantes. Es claro, la posibilidad de manipular con éxito los componentes genéticos de la fecundación altera concepciones científicas tradicionales. provoca replanteos éticos y, desde luego, crea situaciones jurídicas nuevas. Pensemos solamente en algunas y trascendentales implicaciones: la embriología, mediante una adecuada combinación celular embrionaria, podría seleccionar incluso ciertos caracteres genéticos. Desde esta perspectiva es posible que una pareja pueda agregar a sus propias características genéticas, otras de genes donados con una diferente composición lográndose así un hijo de paternidad múltiple: se trataría, en suma, de “mezclar” al embrión de los padres uno genéticamente “superior” y combinar adecuadamente las células embrionarias en el estadio de segmentación inicial de los blastómeros. Algo así como una depurada forma de eugenesia.

Pero hay mucho más, hoy se habla de la partenogénesis, también conocida como clonaje o reproducción asexual dentro de las ciencias biológicas. La partenogénesis se obtiene a partir de la fecundación mediante una célula cualquiera -no el esperma - que, según se ha demostrado, contiene todos los componentes genéticos del organismo a que pertenece y absolutamente toda la información para crear un nuevo ser idéntico a aquél. Esa célula se introduce en el núcleo del huevo sustituyendo el embrioblasto, es decir el embrión formado por las células genéticas originales. Un biólogo de Oxford, I. B. Gurdon, logró por este procedimiento, en 1960, reproducción de ranas, pero la ciencia se pregunta si pudiera hacerse en seres humanos.

Un reciente libro de Vance Packard, plantea entre otras, una alternativa alucinante: el alquiler de úteros. Si el embrión humano puede obtenerse in vitro nada impediría luego su implantación en un

útero adecuado para su gestación, que no fuera el de la madre, y, después del nacimiento del bebé, la entrega de éste a los progenitores, previo pago, por supuesto, del correspondiente "alquiler". Perspectiva alucinante como la venta de óvulos o de esperma. Todo es imaginable. Países como Japón, Estados Unidos y la Unión Soviética cuentan con bancos de esperma masculino obtenido de donantes previamente seleccionados teniendo en cuenta sus antecedentes familiares, estado de salud, características morfológicas, etcétera. Los médicos ofrecen a las potenciales madres que recurren a ellos, información sobre los caracteres genéticos del esperma disponible aún cuando la identidad de los donantes se oculta. Nada impide pensar en lo sucesivo, en bancos de óvulos y en centros de fecundación extrauterina que, mediante una retribución convenida, posibiliten la implantación de embriones así obtenidos.

Hasta aquí lo expuesto por Zannoni.

Leonor Taboada <sup>(29)</sup> nos ofrece un panorama de la fertilización in vitro más técnico, dice que es la unión del óvulo y el espermatozoide para formar un embrión humano, que se realiza fuera del cuerpo de la mujer, en un recipiente donde se les ha unido después de la extracción de óvulos de la mujer y de los espermatozoides del hombre.

Una vez producida la fusión el o los embriones se mantienen unas horas y a veces unos días en un caldo de cultivo hasta que comienza la división celular y uno o varios de ellos se transfieren al cuerpo de la mujer. Una vez allí, el embrión (es) puede implantarse o no (en un gran porcentaje de casos no se implanta, o si se implanta no se mantiene). Si

---

(<sup>29</sup>)TABOADA. Leonor. Ob. Cit. Págs. 41 a 50.

lo consigue y no se produce aborto o un embarazo ectópico, unos meses después (los niños nacidos por fertilización in vitro suelen ser prematuros) se produce el nacimiento de un hijo/a de la ciencia. Esto, sin embargo, ocurre muy pocas veces aunque existan varios miles de mujeres que lo hayan intentado o lo estén intentando.

El nacimiento suele ser por cesárea y muchas veces múltiple. Por esa razón la incidencia de muertes prematuras entre los nacidos sigue siendo elevada.

Cuando una mujer inicia un programa de fecundación in vitro tendrá que registrar las fechas de las seis últimas reglas. Si su caso es aceptado, será sometida a algún tipo de medicación hormonal, que ella misma tendrá que comprar, tendiente a estimular el funcionamiento de los ovarios para que se produzca la maduración de varios óvulos a la vez. Los productos que se utilizan para inducir a la ovulación múltiple son el citrato de clomifeno, HGG y HMG. Durante el tiempo de este tratamiento pueden aparecer diversos efectos secundarios. Por otro lado, estas hormonas se administran a una edad en que los peligros para las mujeres se multiplican.

En muchos casos las mujeres no ovulan a pesar de estos tratamientos, y tienen que reiniciar el ciclo una y otra vez probando uno tras otro, con descanso de tres a seis meses entre ciclo y ciclo, con el consiguiente riesgo de hiperestimulación ovárica cada vez. El ciclo puede suspenderse por insuficiente cantidad de folículos, niveles hormonales bajos o irregulares (que presuponen que los óvulos no serán de buena calidad), por la aparición de quistes o por ovulación imprevista.

Si no se produce un aumento espontáneo de la hormona responsable de la ovulación, la mujer recibirá una dosis hormonal que la provoque.

La ovulación, en los distintos programas de fertilización in vitro, se estimula con distintos mecanismos.

Stephoe y Edwards, los científicos que produjeron la primera niña probeta, lo hicieron de la manera más sencilla; no estimularon la ovulación con fármacos, sino que siguieron y rescataron el óvulo naturalmente producido.

En diciembre de 1980, el Dr. Trounson, del equipo de fertilización in vitro de la Universidad de Monash, en Australia, introduce la estimulación ovárica.

Desde entonces, los distintos equipos siguen una escuela y otros prueban distintos tratamientos. Algunos siguen fieles al citrato de clomifeno, que conocen ya de los tratamientos de esterilidad, y otros por nuevas pautas, criticando seriamente el clomifeno, utilizando una combinación de HMG varios días y HGG en grandes dosis a mitad del ciclo, como el equipo de Nolfork, los más conocidos en USA que también han utilizado la estimulación únicamente con FSH pura.

La hiperestimulación ovárica es una reacción a esta medicación y puede ser leve, media o grave. Se trata de un síndrome que puede amenazar la vida caracterizándose por quistes ováricos de 5 a 6 cm., en hiperestimulaciones se provoca el rompimiento de los mismos, lo que podría acabar en una hemorragia intraperitoneal; ascitis, hidrotórax, y fenómenos tromboembólicos.

Los controles incluyen: control de estrógenos urinarios, estradiol o parámetros indicadores de actividad estrogénica, como la filancia y la cristalización del moco cervical.

Hormonas más utilizadas para inducir la ovulación:  
Citrato de clomifeno - laboratorio Merrel- Dow.

La mujer recibe una dosis variable durante 5 días o más dependiendo de los protocolos, que comienza al 5to. día del ciclo si menstrúa regularmente, y en cualquier momento del ciclo en caso contrario. La ovulación puede ocurrir en cualquier momento durante los 15 días siguientes, por lo que la mujer tiene que tomarse la temperatura para detectarla, y tener relaciones sexuales con coito en esos días.

Este antiestrógeno es un medicamento polémico que se utiliza desde los años sesenta para inducir la ovulación. No se sabe exactamente como funciona. Aparentemente actúa sobre el hipotálamo (una glándula del cerebro) favoreciendo la producción de FSH y LH por la hipófisis, hormonas estimulantes del folículo y luteinizante respectivamente, para que éstas a su vez estimulen el ovario a producir folículos y liberar óvulos.

La mitad de las mujeres tratadas con esta sustancia pueden ovular, pero produciendo un moco cervical hostil a los espermatozoides, lo que puede dificultar el embarazo. En caso de embarazo, hay elevado riesgo de que sean múltiples (5% o 6% según los autores).

Entre los efectos secundarios pueden mencionarse la hiperestimulación ovárica, el embarazo ectópico, embarazos y partos múltiples, sofocos, alteraciones cutáneas, alteraciones de la visión, dolores de cabeza intensos, caída del cabello, tensión mamaria y sensaciones de fuerte malestar en los ovarios durante la ovulación. Sin olvidar la alteración emocional que suele asociarse a estas sustancias. Hay estudios recientes que sugieren que el clomifeno puede estar relacionado con anomalías fetales como espina bífida, quistes ováricos en las niñas y trastornos en la visión.

**HMG: gonadotropina humana de la menopausia.-** Nombres comerciales: HMG-Lepori, Lab. Lepori; HMG-Organon y Pergonal, Lab. Serono.

Es una hormona muy potente que se utiliza para inducir la maduración folicular. Estimulante del epitelio germinativo, favorece también la maduración espermatogénica. Está contraindicada, entre otros casos, en los de esterilidad atribuible a causas no funcionales, en hemorragias uterinas de origen indeterminado, con antecedentes de enfermedades tromboembólicas o quistes ováricos. Debe emplearse con especial precaución si hay antecedentes de epilepsia, asma o insuficiencia renal por la posible retención hidrosalina (agua y sal).

Se han presentado casos de tromboflebitis y reacciones febriles. Otros efectos secundarios posibles son: dolores de cabeza, irritabilidad, depresión, edema y ginecomastia.

**HGC: gonadotropina corionica humana-** marcas: Profasi 500, 1000 y 2500 (Lab. Serono), HGC-Lepori (Lab. Lepori), Pregnyl (Lab. Organón) y Physec (Lab. Leo).

Se extrae de la orina de mujeres embarazadas. Su efecto imita al de la hormona luteinizante (LH). En el varón fomenta la producción de testosterona y en la mujer la producción de estrógenos y particularmente de progesterona después de la ovulación. Al igual que con la HNG, por la retención de agua y sal, hay que tomar especiales precauciones en casos con antecedentes de epilepsia, jaqueca, asma e insuficiencia cardíaca y renal. El peligro de hiperestimulación ovárica exige que cualquier mujer tratada sea sometida a diversos controles, tal y como se indica en el apartado de hiperestimulación ovárica.

**Bromocriptina.**- De utilidad para aquellas mujeres cuya pituitaria produce niveles elevados de prolactina, que impide la producción de gonadotropinas.

Los efectos secundarios incluyen vómitos, náuseas, y posiblemente alucinaciones, síntomas psicóticos y úlceras pépticas. Ante las sugerencias de que esta hormona pudiera producir complicaciones posteriores al embarazo, incluyendo aborto espontáneo y nacimiento prematuro, el tratamiento se corta cuando la ovulación reaparece, para que, si hay embarazo, los niveles de bromocriptina en la sangre de la mujer sean relativamente bajos.

**Monitorización.**- Tanto para seguir el desarrollo y la maduración de los óvulos como para evitar una hiperestimulación grave, se realizan varios controles.

Frecuentes análisis de sangre. Permiten medir la producción de estradiol (estrógenos).

Análisis de orina. Permiten medir la producción de LH.

**Ecografías.**- La ecografía sirve para conocer y vigilar el tamaño de los folículos, su crecimiento y maduración. Se practica diariamente a partir de los primeros días del comienzo del tratamiento hormonal. Hay mucha discusión sobre los posibles efectos de la ecografía en las células de los embriones. (OMS). Por otro lado, nadie sabe el efecto que las sucesivas ecografías pudieran tener sobre los ovarios o testículos (y su carga genética) de los embriones vigilados. La valoración de todas estas pruebas permiten prever el momento en que es necesario intervenir a la mujer para extraerle los ovocitos (óvulos inmaduros).

Recuperación de óvulos.- Por fin, después de la administración de HGG para inducir la ovulación, en caso de que ésta no se produzca por sí misma, la mujer ingresa en quirófano para realizarle una laparoscopia o una punción ecográfica.

Laparoscopia.- Cuando esta operación quirúrgica se practica para la recuperación de ovocitos, una vez que se tienen los ovarios a la vista se procede, mediante una aguja larga y muy fina, a puncionar cada folículo. Se extrae el líquido folicular con una cánula delgada. En este líquido se encuentran los ovocitos que, una vez extraídos, se colocan en una incubadora, en un medio nutritivo que les permita acabar de madurar.

Después de la laparoscopia, la mujer puede sentir mareos y presentar las molestias derivadas tanto de la anestesia general como de procedimientos quirúrgicos. Hay tres casos conocidos de mujeres muertas en un programa de FIV (Fertilización in vitro) uno de ellos ocurrido en España. Dos de estos casos ocurrieron como consecuencia de una laparoscopia. Es difícil, por no decir imposible, conocer el verdadero trasfondo actual de estas técnicas, porque hay mucha gente aprendiendo o sea, experimentando sin ningún control médico, social ni legal.

Punción ecográfica.- Otra técnica para la recuperación de ovocitos, desarrollada últimamente, es la punción ecográfica. Se trata de una sonda ecográfica con una guía de aguja para puncionar los folículos. La operación se observa en la pantalla ecográfica. Una vez localizados los folículos por la guía, se procede a "disparar" la aguja justo en el centro

de los mismos. Esta técnica se puede realizar con anestesia epidural general o local. Esta técnica suple la limitación que representa la laparoscopia en casos de ovarios inaccesibles por dicha técnica.

Pueden presentarse dolores vesiculares o pélvicos que requieran un día de hospitalización, pinzamiento de los intestinos o vasos sanguíneos, hematuria o cistitis. Los dolores más importantes aparecen cuando se punciona la vejiga. La elección de la técnica depende de quien realice la intervención.

Su ventaja frente a la laparoscopia es que puede practicarse sin anestesia general, pero por otra parte es más difícil sujetar al óvulo por este procedimiento.

Muestra de semen.- Que puede ser obtenida por masturbación, con guantes y en un recipiente estéril. Si el hombre no puede eyacular en estas condiciones, se le aconseja congelar el semen al menos una semana antes. O podría utilizarse esperma congelado de donante.

Fecundación.- La muestra de semen se "capacita", sometiéndolo a diversos procedimientos, a la vez que los óvulos acaban de madurar en la incubadora. La inseminación se produce horas después. Los ovocitos y los espermatozoides permanecen incubándose juntos hasta el día siguiente en una placa o probeta con una solución nutritiva fresca. La temperatura y la humedad imitan a las del útero. Al día siguiente, y por medio de un microscopio, es posible verificar si se ha producido la fecundación. En caso positivo, una vez que el embrión se ha dividido (aproximadamente a las 48 horas tiene 4 células y 8 a las 72 horas) es transferido al útero de la madre.

Aproximadamente en un 25% de los casos la fertilización no se produce. A veces por factor masculino, a veces por factor ovulatorio y otras por causas desconocidas.

Transferencia de embriones.- La transferencia al útero se hace en un catéter (tubito) que contiene los embriones vía la vagina y cuello del útero. La mujer permanece en reposo de 12 a 24 horas.

El número óptimo de embriones transferidos para tener mayores posibilidades de implantación parece ser de tres. Pero, según Edwards, hay clínicas que transfieren de 16 a 20 embriones. El peligro obvio es el de los embarazos múltiples, con el consiguiente riesgo para la vida de los hijos y de la madre. Los embarazos múltiples ocurren en un 10% de los casos con esta técnica y en mayor porcentaje con la TIG.

La congelación de embriones permite que se guarden los restantes para otro ciclo si la implantación falla en el actual, o para tener hermanos gemelos en un nuevo embarazo de la madre, si tuvo éxito en el primer caso también. Esto ya ha ocurrido en Australia, donde nacieron dos hermanas gemelas con dos años de diferencia. Esta es la fase de mayor proporción de fracasos porque pocos embriones se implantan. Las hormonas que estimulan la ovulación no sólo no favorecen una respuesta positiva del útero, sino todo lo contrario.

El día 14.- La mujer vuelve entonces a su casa a pasar los 14 días más difíciles de todo el proceso, según muchos testimonios. Durante ese tiempo, no puede hacer esfuerzos ni mantener relaciones sexuales con coito. Sólo esperar a que dentro de 14 días no le baje la regla. Cuenta el profesor Frydman, figura relevante de la FIV en Francia, que las consultas a las brujas y las plegarias aumentan vertiginosamente en

estos días. Según las mujeres se trata de un periodo de intenso stress, sobre todo para las que ya tienen en su haber varios ciclos de tratamiento. Si a los 14 días no se ha producido la menstruación, comenzarán los controles del posible embarazo. Si no hay embarazo, deberá esperar 3 meses para repetir el ciclo, si lo hay, se confirmará con una ecografía, que indicará también el número de embriones implantados. Desgraciadamente, hay muchos abortos (21%) y embarazos ectópicos (5%). En esos casos la mujer tendrá que pasar por los tratamientos correspondientes. En caso del embarazo ectópico (fuera del útero), el peligro puede ser de muerte y de esterilidad total.

Cesárea.- Según un estudio conducido por la National Perinatal Statistics Unit de la Universidad de Sydney, más del 40% de las mujeres que paren por FIV lo hacen por cesárea. La cesárea es un corte en la pared abdominal. cerca del pubis. Luego se corta horizontalmente el músculo uterino para extraer al bebé. Se realiza con anestesia general, espinal o epidural.

Partos prematuros.- Según el estudio de Australia y Nueva Zelanda, en el que se observaron 909 embarazos, provenientes de 11 programas de Australia y 1 de Nueva Zelanda, resultaron en 496 partos vivos, incluidos muchos múltiples. En él se demuestra que los niños nacidos por FIV tienen 4 veces más posibilidades de nacer muertos o de morir dentro de los primeros 28 días de vida. Los resultados de esta encuesta fueron dados a conocer el 19-11-85 en Melbourne, durante la Conferencia Mundial sobre FIV.

Malformaciones.- Las manipulaciones a que son expuestos los gametos "in vitro", especialmente durante los procesos de capacitación pueden ser los responsables de las anomalías menores y mayores que presentan algunos de los escasos niños nacidos por FIV. Las estadísticas varían entre el 1.3% y el 2.6%, cifras que están dentro de los márgenes mínimos y máximos en los embarazos naturales. Algunos científicos sostienen que la evaluación del embrión antes de la transferencia elimina riesgos de malformaciones. Posiblemente una de las ironías ante las que puede enfrentarse una pareja que ha invertido muchos de sus sueños en la tecnología es salir de la experiencia con un niño/niña subnormal. ¿Quién es responsable en estos casos?.

#### Variaciones de la Fertilización in Vitro.

TIG.- (Transferencia Intratubárica de Gametos). Llamada también GIFT (regalo, en inglés) está técnica fue desarrollada en USA por el ginecólogo argentino Ricardo Asch. Puede utilizarse en mujeres que tengan al menos una trompa en condiciones. La mujer es hormonada, igual que en la FIV, pero, a diferencia de la FIV, en que los gametos se fertilizan en el exterior del cuerpo, en este caso la fertilización se realiza directamente durante la laparoscopia, donde se recogen los óvulos y 2 de ellos, junto con el esperma, son inyectados en cada trompa de Falopio: Los índices de embarazo parecen mayores que con la FIV, pero los embarazos ectópicos son más frecuentes, así como la incidencia de gemelares.

Por esta técnica ya ha nacido un niño en el Hospital de Cruces de Bilbao. El equipo del Dr. Escudero es pionero de la misma en España.

Esta técnica tiene la ventaja de que la fecundación se produce dentro de la trompa, en su medio natural y que evita la manipulación de embriones. Fue presentada en el Vaticano por el Dr. Asch, y parece contar con su apoyo.

Lavado embrionario o uterino.- En 1983 un equipo del HARBOR-UCLA Medical Center de Torrance, California, realizó su primera transferencia de embrión del útero de una mujer contratada, al útero de una mujer contratante, y un niño nació en enero de 1984. Esta proeza fue financiada por una empresa experta en transferencia de embriones entre vacas, la Fertility and Genetics Research Inc.

El procedimiento, tal y como lo desarrolló el equipo del Dr. John E. Buster, implica:

- 1- Sincronización de las ovulaciones de la donante y la receptora, por medio de hormonas.
- 2- Una vez que se calcula que ambas ovulan (y esto no se denomina todavía en FIV, y a veces los ovocitos se han ido cuando se efectúa la laparoscopia) se insemina a la donante con esperma del marido de la recipiente estéril.

Hasta aquí lo expresado por Leonor Taboada

## II.6.- Útero subrogado.

Diversas acepciones se le ha dado a esta forma de inseminación artificial por lo que también es conocida como la madre sustituta, suplente o madre subrogada.

Pedro F. Silva Ruiz <sup>(30)</sup> dice que la maternidad subrogada implica el alquiler de las funciones reproductivas de una mujer. Una madre subrogada es una mujer fértil que acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado, que no es su esposo y procrear un hijo. Una vez el hijo nacido, la madre cede la custodia en favor del padre y, además, renuncia a sus derechos maternos - filiales sobre el hijo.

El Dr. Antonio Torres del Moral <sup>(31)</sup> también se pronuncia acerca del tema e indica que las llamadas madres de alquiler son mujeres que aceptan, mediante precio o no, llevar a término un embarazo que normalmente se ha generado mediante esperma del varón que aparecerá como padre y un ovocito de la mujer que aparecerá como madre, para, producido el parto, entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de la cantidad fijada o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto.

El citado es el caso más común de alquiler de útero pero no el único posible, pues se podrían producir algunas variantes, por ejemplo, si el embarazo se consiguiera mediante inseminación artificial a partir del esperma del varón que aparecerá finalmente como padre del nacido, siendo, en este caso, el ovocito también de la mujer gestante. En nuestra opinión, este es un supuesto menos complicado a efectos jurídicos ya que el hijo nacido será del que figure como padre y que fue quien donó el esperma y de la mujer gestante, ya que la posible

---

<sup>(30)</sup>SILVA RUIZ, Pedro F.. Ob. Cit. Pág. 330.

<sup>(31)</sup>TORRES DEL MORAL, Antonio. "Algunas reflexiones jurídicas constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida". En Revista de Derecho Político. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, 1988; no. 26; págs. 106 y 107.

madre y compañera del donante o receptor en este caso no tendría ningún vínculo biológico con el nacido en que basarse para reclamar ningún tipo de maternidad. Como veremos estos supuestos suelen apoyarse en contratos cuyo valor jurídico es discutible en nuestra opinión.

O también, llegado a cierto punto extremo, podría conseguirse un embarazo a partir de donantes de esperma y ovocitos, con lo que el hijo nacido no tendría ninguna relación biológica con los receptores o personas que asumen la paternidad y maternidad legal, que bien pudieran ser ambos estériles. Esta fórmula dista poco de las prácticas de pactar una adopción antes de producirse el nacimiento. La única diferencia sería que, en este último caso, el origen del embarazo no suele ser premeditado.

Hasta aquí lo expuesto por el autor.

**CAPÍTULO III.- Nociones fundamentales en el delito de  
inseminación artificial.**

**III.1.- Concepto y clasificación del delito.**

**III.2.- La averiguación previa. Elementos.**

**III.2.1.-Requisitos de procedibilidad.**

**III.2.2.- Diligencias básicas.**

**III.3.- La inseminación artificial como delito.**

## **CAPÍTULO III.- Nociones fundamentales en el delito de inseminación artificial.**

### **III.1.- Concepto y clasificación del delito.**

Como bien lo indica el título que da origen a este trabajo de tesis, nuestro objetivo fundamental es el de precisar en cuáles hipótesis la inseminación artificial se convierte en delito. Para ello es importante que hagamos una revisión de los conceptos utilizados en el campo penal, para mejor comprensión del lector.

Así surge una interrogante: ¿qué es delito?. El artículo 7º del Código Penal vigente para el Distrito Federal indica:

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

Respecto al acto u omisión se pronuncia Raúl Carrancá y Trujillo:

"Acto y omisión son las dos únicas formas de manifestarse la conducta humana que pudiera constituir delito. Ambos constituyen la acción lato sensu, son especies de ésta. La acción stricto sensu es su aspecto positivo y la omisión el negativo. El acto que es delictivo consiste en una actividad positiva, en un hacer lo que no se debe hacer, en un comportamiento que viola una norma que lo prohíbe; la omisión en una actividad negativa, en un dejar de hacer lo que se debe hacer, es no cumplir una norma que impone un deber hacer. Ambos son conducta humana, manifestación de voluntad que produce un cambio o peligro de cambio en el mundo exterior, llamado resultado, con relación de causalidad entre aquéllos y éste.

La acción o acto stricto sensu es un hacer efectivo, corporal y voluntario; por lo que no son actos penalmente relevantes ni los movimientos reflejos ni los accidentales ni los pensamientos, ideas o intenciones.

La omisión es un no hacer activo, corporal y voluntario, cuando se tiene el deber de hacer, cuando ese hacer es esperado y se tiene el deber de no omitirlo, por lo que se causa un resultado típico penal; en consecuencia no son omisiones penalmente relevantes las inactividades forzadas por un impedimento legítimo ni todas las que no estén tipificadas penalmente. La omisión puede ser material o espiritual según que deje de ejecutarse el movimiento corporal esperado o según que se ejecute, pero sin tomar las debidas precauciones jurídicamente exigidas<sup>(32)</sup>.

Francisco González de la Vega respecto de la clasificación de los delitos se hace notar:

“Directamente del art. 7° resultan clasificados los delitos como de acción o de omisión. Se llaman delitos de acción aquellos que violan una norma penal prohibitiva por un acto material o positivo, por un movimiento corporal del agente. Este hace lo que no debe hacer. Ejemplo: el homicidio (que en su descripción lleva sumergida la expresión de una norma prohibitiva de matar) ejecutado por la acción (movimiento corporal) de disparar un arma. Delitos de omisión son aquellos en los que se viola una norma preceptiva por la conducta inactiva o de abstención del agente; en estos casos el infractor no ha hecho lo que debe hacer; ejemplo: el delito de abandono de atropellado (norma preceptiva de

---

<sup>(32)</sup>CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. "Código Penal Anotado". Ed. Porrúa, S.A., 5ª. Ed. México 1974. págs. 28 y 29.

auxilio) consumado por la omisión (inactividad) de la asistencia (art. 341).

A estas categorías la doctrina agrega los delitos de comisión por omisión, en los que se viola una norma prohibitiva por la conducta inactiva del agente. Este viola una norma de no hacer por un no haciendo de su conducta. Ejemplo: El homicidio (norma prohibitiva de matar) causado por la privación intencionada de alimentos a un infante (inacción).

Por tanto los delitos de acción stricto sensu como los de omisión, y los de comisión por omisión, consisten siempre en manifestaciones de la conducta del ser humano, ya sean movimientos positivos o abstenciones, que dan por resultado el incurrir en las descripciones típicas de los delitos".  
(<sup>33</sup>)

Sin que difieran ambos autores podemos decir que la clasificación de los delitos es la siguiente:

- a) Delitos de acción.
- b) Delitos de omisión.
- c) Delitos de comisión por omisión.

La autora Raquel Gutiérrez Aragón expresa su opinión acerca del delito e indica que el primer aspecto a considerar en la materia es el delito. Delito es:

“Una acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena”.

“Es antijurídico el delito porque choca con el orden positivo y es contrario a las exigencias

---

(<sup>33</sup>)GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. “El Código Penal Comentado”. Editorial Porrúa. S. A., 11ª Edición. México. 1994. págs. 12 y 13.

impuestas por el Estado para la creación y conservación del orden social.

Es típico, en cuanto debe definirse en todos sus elementos constitutivos en la ley; una conducta es delictuosa cuando la ley así lo establece y sanciona. Nuestra Constitución, en el artículo 14, señala que en los juicios del orden criminal quede prohibido imponer por analogía o mayoría de razón pena alguna que no esté decretada en la ley; es decir, la interpretación de las leyes es restrictiva a los elementos del delito, un hecho por abominable que parezca, si no está definido en todos sus elementos por la ley, no constituye un delito. El sistema de la tipicidad es aceptado por todas las legislaciones democráticas, para proteger la libertad individual y no dejarla a la arbitrariedad de las autoridades.

Es culpable, en cuanto la acción puede imputarse a determinado sujeto. La responsabilidad existe, ya sea que el delito se haya cometido con intención o por imprudencia. Son entonces dos las formas de culpabilidad: dolo y culpa; la primera tiene lugar cuando conscientemente se realiza el delito, la segunda cuando por descuido o por falta de precaución se causa un daño igual que en un delito intencional.

Todo delito señalado en el Código Penal incluye la pena correspondiente."<sup>(34)</sup>

Gustavo Carvajal Moreno también externa su punto de vista respecto del concepto delito:

"El delito.- A pesar de que se ha tratado de unificar para todos los pueblos un concepto del delito, tal esfuerzo ha sido estéril en virtud de que el delito está ligado a la realidad de cada grupo

---

(<sup>34</sup>)GUTIÉRREZ ARAGÓN, Raquel y otra. "Esquema Fundamental del Derecho Mexicano". 9ª Edición; Editorial Porrúa. S. A., México. 1990. pág. 120.

social, realidad que varía según la época y el lugar de que se trate.

La palabra delito deriva del latín *Delinquere*, que significa dejar, abandonar, alejarse del buen camino.

El artículo 7º. del Código Penal define al delito como el "acto u omisión que sancionan las leyes penales". Se trata pues el delito de una conducta humana castigada por la ley penal. Al decir acción sea activa o pasiva (acto u omisión) debemos entender la voluntad manifestada por un movimiento físico o por falta de ejecución de un hecho positivo que la ley exige se realice.

El concepto de delito que expresa el Código Penal, es puramente formal al caracterizarse por la sanción a ciertos actos y omisiones.

Substancialmente podemos considerar al delito como una conducta, típica, antijurídica y culpable. Se dice que es una conducta, porque debe existir una acción u omisión. Típica porque el obrar o la ausencia de acción debe adecuarse al tipo penal, esto es, lo que la Ley Penal ha descrito como hechos delictuosos a través de sus diversos artículos. Es antijurídica la conducta, porque es necesario que lesione un bien jurídico y ofenda valores de la comunidad. Es culpable la conducta cuando "a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ellas y su autor, debe serle jurídicamente reprochada".

La pena y las medidas de seguridad.- Puede afirmarse que la pena consiste en el castigo que el juez representando al Estado impone a aquellos que han violado las normas jurídicas; se dice también que es la pena una mal que se le aplica al delincuente."<sup>(35)</sup>

---

(<sup>35</sup>)CARVAJAL MORENO. Gustavo. "Nociones de Derecho Positivo Mexicano". 16ª Edición. México. 1978: Editorial Porrúa. S. A.. págs. 168 y 169

Finalmente, en el mismo tenor, Raúl Carrancá y Trujillo se ha expresado:

“La dogmática jurídica moderna fija el concepto de delito a los efectos técnico-jurídicos, así: es la acción antijurídica, típica, imputable, culpable y punible, en las condiciones objetivas de punibilidad. Acción quiere decir acto u omisión, elemento físico del delito. La acción antijurídica es la que se opone a la norma cultural, subsumida en la penal. La acción típica es la que se adecua al tipo legal, hipótesis de conducta humana consagrada en la ley. La acción imputable es la atribuible a un sujeto en vista de su capacidad penal. La acción culpable es la imputable y responsable, es decir, la que cabe se reproche al sujeto. La acción punible es la que en la ley está conminada con una pena, la que sirve de presupuesto a la pena, requiriéndose en la ley condiciones objetivas para su justificación, como son todas aquellas que con tal carácter se incluyen en el tipo; en ocasiones dichas condiciones objetivas se desdoblán en el tipo para condicionar también la pena...” (36)

Por lo que se puede considerar al delito como una conducta:

Típica.

Antijurídica.

Culpable.

Punible.

Es importante destacar que esta interpretación del concepto delito se tenía hasta 1993, pero sucede que a partir de las reformas constitucionales de septiembre de ese año y del paquete legal de reformas de enero de 1994, el marco penal en México, cambió

---

(36)CARRANCÁ Y TRUJILLO. Raúl y otro. Ob. Cit. págs. 29 y 30.

radicalmente el tipo penal y sin embargo en marzo de 1999 se volvió al concepto de "cuerpo del delito".

En efecto, de la lectura de la obra "El secuestro, análisis dogmático y criminológico"<sup>37</sup> expuesta por diversos autores lo comprendemos. En este estudio se indica que parte de ese cambio se refleja en la influencia en la teoría general del delito a través de la posición finalista. Esta corriente penal surge en Alemania en la década de los treinta con Hanz Welzel, quien basado en estudios de juristas y de psicólogos de la época, decide reconfigurar el planteamiento de la teoría general del delito preponderante entonces, que era el causalismo.

Hay que partir de que el concepto tradicional del delito es el de "conducta típica, antijurídica y culpable". Este concepto se debe a la corriente causalista, que agrupa y estructura los elementos del delito que antes se analizaban en forma aislada. Para el causalismo, la conducta se contempla como el movimiento corporal del hombre que provoca un resultado, es decir, como un mero fenómeno causal. El tipo se considera como una descripción legal neutra del delito, es decir, desvinculada de cualquier elemento interno del autor del hecho. Por su parte, la antijuridicidad se concibe como la contraposición del actuar típico con el orden jurídico. Por último, la culpabilidad es el elemento del delito donde se analiza la intencionalidad del sujeto, es decir, si obró dolosa o imprudencialmente. Se dice que para el causalismo, los elementos de la culpabilidad son el dolo, la culpa y la imputabilidad, aunque para la mayoría de los causalistas la imputabilidad es un

---

<sup>37</sup> Consultores Exproffesso. "El secuestro, análisis dogmático y criminológico". Ed. Porrúa S. A., México, 1998; 1ª. Edición, págs. 25 a 28.

presupuesto, más que un elemento de la culpabilidad. El causalismo parte de estas ideas para estructurar al delito y a la teoría general del mismo.

Sin embargo, aunque esta corriente tiene el mérito de aportar, por primera vez, una estructuración seria del delito, adolece de un problema de visión: se queda corto al analizar la conducta humana como un mero fenómeno causal.

La conducta del hombre es compleja, no atiende a patrones preestablecidos y puede ser tan errática como se desee; una persona no actúa igual que otras bajo las mismas circunstancias. Este actuar del hombre, efectivamente produce resultados típicos, pero al realizarlos tiene que haber una finalidad de por medio. Puede ser que una persona cometa un resultado típico, pero que en realidad no lo haya querido cometer; también puede suceder que haya cometido un delito con toda la intención de realizar un ilícito. Independientemente de actuar dolosa o culposamente, la persona siempre busca una finalidad cuando actúa, pues el pensar y el perseguir metas, es parte de la naturaleza del hombre; el raciocinio es una nota característica del hombre.

Pues bien, partiendo de esta concepción ontológica de la conducta humana, siempre provista de finalidad, se crea el finalismo. Para esta corriente, también el delito se entiende como la conducta típica, antijurídica y culpable, pero su diferencia estriba en la apreciación que se da a cada uno de estos elementos. En primer lugar, la conducta no se aprecia como un mero fenómeno causal, sino como un actuar provisto de finalidad, es decir, mucho más allá de una situación objetiva. Desde el elemento, "conducta", se analiza el mundo interno del autor de un hecho típico, a diferencia del causalismo, donde los aspectos subjetivos se analizaban sólo a partir de la culpabilidad. Por

su parte, el tipo para el finalismo también cambia, pues se distinguen tres categorías de elementos del tipo: objetivos (sujeto activo; determinada calidad del mismo, sujeto pasivo; determinada calidad de éste; verbo rector, nexos causal, resultado, especiales medios de comisión, objeto, bien jurídico penalmente tutelado, circunstancias de tiempo, modo, lugar, y ocasión), subjetivos (dolo, culpa y elementos específicos distintos del dolo y culpa) y normativos (apreciaciones técnicas, jurídicas o culturales). El hecho de que el dolo y la culpa se analicen en el tipo y no en la culpabilidad resulta lógico, y se parte del postulado del finalismo; es decir, de que la conducta lleva una finalidad: si el tipo describe una conducta, debe describir, por vía de consecuencia, la finalidad respectiva de ésta. En cuanto a la antijuridicidad, ésta también se aprecia como la contraposición de una conducta con el orden jurídico. Por último, la culpabilidad se observa más como un reproche que se hace al sujeto activo de un delito concreto, por haber actuado en forma delictiva, si pudo actuar de otra manera. Para el finalismo, los elementos de la culpabilidad son la imputabilidad (capacidad y madurez psíquica de entendimiento), la conciencia de antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta.

Por lo anterior, se advierte que la forma de abordar al delito es muy distinta en una y en otra corriente doctrinaria. En Europa, el finalismo se ha adoptado casi por todos los países, mientras que en América, la corriente que había predominado aún hasta hace unos pocos años, era el causalismo. Sin embargo, con más de 60 años de diferencia, en México se adoptó el finalismo en 1993, pues el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala que:

“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.... .”

Con esto, se cambió la terminología del “cuerpo del delito” por “elementos del tipo”, característica del finalismo. Sin embargo, la clara adopción del finalismo se da hasta el 10 de enero de 1994, cuando se publica en el Diario Oficial de la Federación un paquete de reforma a múltiples ordenamientos vinculados directa o indirectamente con el Derecho Penal. Entre estos ordenamientos, destacan las reformas a los artículos 15 del Código Penal para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal, 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, equivalente al 122 mencionado. En estos artículos se aprecia claramente cómo el finalismo ha influido en las excluyentes del delito, aportando tanto nuevas hipótesis como terminología. También se ha notado su influencia en la parte adjetiva, pues no nada más se indica constitucionalmente que las órdenes de aprehensión requieren que se acrediten los elementos del tipo y la probable responsabilidad, sino que los mismos ordenamientos procesales indican qué se debe entender por elementos del tipo, y al efecto se transcribe la parte relativa del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, cuyo texto es idéntico al del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales:

“El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II.- La forma de intervención de los sujetos activos;  
y

III.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión, c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea... ”.

Con el marco anteriormente planteado. no puede quedar duda de que efectivamente en México se adoptó la tesis del finalismo.

Hasta aquí lo expuesto en ese estudio.

Pero a partir del 8 de marzo de 1999 se adoptó nuevamente la tesis causalista volviéndose al concepto "cuerpo del delito". Por lo que a pesar de que en las siguientes páginas los autores que se señalan hablan del "tipo de delito" se entenderá que se refiere al "cuerpo del delito".

### **III.2.- La averiguación previa. Elementos.**

Ya en páginas anteriores expusimos el concepto de delito. Entendemos cuándo la conducta humana cae dentro del terreno penal. Ahora nos toca revisar quién sanciona esa conducta delictiva.

El artículo 21 Constitucional indica:

“La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día.

Tratándose de trabajadores no asalariados la multa no excederá del equivalente a un día de su ingreso.

Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley.

La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones policiales se regirá por los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez.

La Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios se coordinarán, en los términos que la ley señale, para establecer un sistema nacional de seguridad pública.”

Así, se destacan los siguientes elementos:

- a) La investigación y persecución de los delitos es competencia del Ministerio Público.
- b) El Ministerio Público se auxiliará de una policía bajo su autoridad y mando inmediato.
- c) Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas.

Queda así comprendido que al Ministerio Público compete la investigación y persecución de los delitos. Es en la fase de averiguación previa cuando ello sucede.

La fase de averiguación previa la comprende Aarón Hernández López de la siguiente forma:

“Averiguación Previa. Primera Etapa: Es el procedimiento que integra la actividad del Ministerio Público. actuando como autoridad y que culmina con la determinación de consignación o de no ejercicio de la acción penal. Se inicia con la denuncia, acusación o querrela y forma parte integrante del procedimiento penal, en que el Ministerio Público aplica la ley a casos individuales por medio de actos meramente administrativos, a través de los cuales agota su actividad como autoridad, que cualquiera que sea el resultado final, la función propia de esta etapa termina su intervención característica, ya sea porque decline ejercitar la acción penal o porque, ejerciéndola, pierda su carácter de autoridad en el caso concreto, para convertirse en parte dentro del proceso ante la autoridad judicial. En el primer caso, la averiguación se archiva por mientras surgen nuevos elementos que permitan o fundamenten la consignación o mientras sobreviene alguna causa de

extinción de la acción penal, en el segundo, la consignación puede hacerse ante la autoridad con pedimento de orden de aprehensión si no hay detenido o bien poniendo a disposición de la autoridad jurisdiccional, que debe decidir dentro del término de setenta y dos horas sobre su situación jurídica. (artículo 21 Constitucional)<sup>(38)</sup>

Guillermo Colín Sánchez también externa su opinión:

“La preparación del ejercicio de la acción penal se realiza en la fase de la averiguación previa, etapa procedimental en que el Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de Policía Judicial, practica todas las diligencias necesarias que le permitan en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar, para esos fines, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad”.<sup>(39)</sup>

Respecto a este criterio vale recordar que en páginas anteriores nos referimos a la corriente finalista. El propio artículo 16 Constitucional incorpora en lugar de “cuerpo del delito” los “elementos del tipo”, característica del finalismo. Resulta obvia la observación.

Finalmente exponemos el criterio de César Augusto Osorio y Nieto:

“Concepto de Averiguación Previa.- Como fase del procedimiento penal, puede definirse la averiguación previa como la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para

---

(38)HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón. “Manual de Procedimientos Penales”. 2ª Edición; Editorial Pac, México. 1985; pág. 29.

(39)COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. “Derecho mexicano de procedimientos penales”. Editorial Porrúa, S. A., 3ª Edición. Pág. 233.

comprobar, en su caso, los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal.

En tanto que, expediente es definible como el documento que contiene todas las diligencias realizadas por el órgano investigador tendientes a comprobar en su caso, los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad y decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal". (40)

Así, la averiguación previa tiene como elementos característicos los que a continuación se mencionan:

El Ministerio Público realiza diligencias.

Esas diligencias van encaminadas a comprobar los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado.

¿En qué momento interviene el Ministerio Público para iniciar sus diligencias? ¿Cuál es la consecuencia de su intervención?

Para dar respuesta a tales interrogantes nos basaremos en la exposición hecha por César Augusto Osorio y Nieto(41) quien expresa que toda averiguación previa se inicia mediante una noticia que hace del conocimiento del Ministerio Público la comisión de un hecho posiblemente constitutivo de delito, tal noticia puede ser proporcionada por un particular, un agente o miembro de una corporación policiaca o

---

(40) OSORIO Y NIETO, César Augusto. "La averiguación previa". Editorial Porrúa, S. A. 7ª Edición Actualizada, México. 1994. pág. 2.

(41) Ibid. págs. 6, 7 y 12 a 25.

cualquier persona que tenga conocimiento de la ejecución de un hecho presumiblemente delictivo, perseguible por denuncia.

Cuando es un particular quien proporciona la noticia del delito, se le interrogará en la forma que más adelante se describirá respecto de los testigos, si es un miembro de una corporación policiaca quien informa al Ministerio Público, además de interrogársele, se le solicitará el parte de policía asentando en el acta los datos de policía, identificación y fe de persona uniformada, en su caso.

### **III.2.1.-Requisitos de procedibilidad.-**

Los requisitos de procedibilidad son las condiciones legales que deben cumplirse para iniciar una averiguación previa y en su caso ejercitar la acción penal contra el responsable de la conducta típica. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos alude en su artículo 16 como requisitos de procedibilidad, la denuncia, la acusación y la querrela.

A) Denuncia.- Concepto.- Es la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible por oficio.

B) Acusación.- Concepto.- Es la imputación directa que se hace a una persona determinada de la posible comisión de un delito, ya sea perseguible de oficio o a petición de la víctima u ofendido.

C) Querrela.- Concepto.- La querrela puede definirse como una manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con el fin de que el Ministerio Público tome

conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la averiguación previa correspondiente y en su caso ejercite la acción penal.

### **III.2.2.- Diligencias básicas.**

El Ministerio Público puede realizar las siguientes diligencias:

A) Interrogatorio.- Concepto.- Por interrogatorio se entiende el conjunto de preguntas que debe realizar en forma técnica y sistemática el funcionario encargado de la averiguación previa, a cualquier sujeto que pueda proporcionar información útil para el conocimiento de la verdad de los hechos que se investigan.

B) Declaración. Concepto.- Es la relación que hace una persona acerca de determinados hechos, personas o circunstancias vinculadas con la averiguación previa y que se incorpora a la misma.

a) Declaración de la víctima u ofendido. Al declarar a la víctima u ofendido de un ilícito penal se procederá de inmediato a tomarle protesta de conducirse con verdad, siempre y cuando sea mayor de 18 años, en caso contrario únicamente se le exhortará. Enseguida se preguntarán los datos generales del sujeto, que son nombre, domicilio, lugar de origen, nacionalidad, en su caso calidad migratoria, edad, estado civil, grado de instrucción o mención de carecer de ella, ocupación, domicilio del centro de trabajo y teléfonos donde pueda ser llamado, teniendo especial cuidado en el nombre y domicilio; a continuación se le invitará a que haga una narración concreta y breve de los hechos que va a poner en conocimiento del Agente Investigador del Ministerio Público, mismo funcionario que deberá encausar y orientar el interrogatorio, sin presionar de ningún modo ni sugerir al

deponente; una vez asentada la declaración en el acta se permitirá al declarante leerla para que la ratifique y firme.

En el supuesto de que el declarante no sepa leer, la persona designada por él mismo o en su defecto el propio Agente Investigador, dará lectura a la declaración y en lugar de firmar se imprimirá la huella dactilar del mencionado sujeto.

b) Declaración de testigos.- Testigo es toda persona física que manifiesta ante el órgano de la investigación, lo que le consta con relación a la conducta o hechos que se investigan.

Al testigo se le tomará protesta de conducirse con verdad si es mayor de 18 años o se le exhortará si es menor de esa edad; como a todo declarante se le solicitará información general relativa a su persona, en especial nombre y domicilio y a continuación se le pedirá que haga el relato de los hechos que le constan sin hacer apreciaciones subjetivas ni suponer hechos o circunstancias que no le consten. A cualquier persona que pueda proporcionar información útil para la averiguación, se le tomará declaración, independientemente de circunstancias tales como ocupación, grado de instrucción, antecedentes, etc.

La única excepción para tomar declaración la constituye el hecho de encontrarse el sujeto en estado de ebriedad o bajo el influjo de algún fármaco, en este caso se le podrá interrogar más no tomar declaración.

También debe atenderse lo dispuesto en el artículo 192 del Código de Procedimientos Penales en el sentido de que no se obligará a rendir testimonio al tutor, curador, pupilo o cónyuge del indiciado, ni a sus parientes consanguíneos o por afinidad en línea recta ascendente o descendente, sin limitación de grados y en la colateral hasta el tercero inclusive, ni a aquellos que tengan con el indiciado vínculos de amor,

respeto o gratitud; en caso de que estas personas deseen verter su declaración, se les recibirá ésta y se hará constar esta circunstancia en la averiguación.

c) Declaración del indiciado.- Siempre que se encuentre el indiciado se le remitirá al Servicio Médico para que el profesional correspondiente dictamine acerca de su integridad física o lesiones y estado psicofísico. A los indiciados se les exhortará a que se conduzcan con verdad, pero no se les protestará por lo que se refiere a hechos propios y en el curso del interrogatorio y toma de declaración se abstendrá el investigador de todo maltrato verbal o físico al mismo y en todo caso deberá observarse estrictamente lo dispuesto en el artículo 20 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, recientemente reformado que reviste especial importancia en el ámbito de la averiguación previa por la referencia expresa que se hace de la confesión rendida ante el Ministerio Público. la cual debe verse con la asistencia del defensor del indiciado, ya que en caso contrario tal confesión carecerá de todo valor probatorio.

#### Inspección Ministerial.-

A) Concepto.- Es la actividad realizada por el Ministerio Público que tiene por objeto la observación, examen y descripción de personas, lugares, objetos, cadáveres y efectos de los hechos, para obtener un conocimiento directo de la realidad de una conducta o hecho, con el fin de integrar la averiguación.

B) Fundamento legal.- Artículos 139 a 146 y 286 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

C) Objeto de la Inspección:

a). Personas.- Es necesario que el Ministerio Público inspeccione a las personas principalmente cuando se está investigando la comisión de los delitos de lesiones, aborto, violación, penetración sexual violenta no fálica y estupro, con fines de integración del cuerpo del delito de conformidad con lo dispuesto en los artículos 95, 112, 139 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

b) Lugares.- Cuando el lugar tenga interés para la averiguación y sea posible ubicarlo y describirlo se procederá a su inspección, siendo de suma importancia precisar si se trata de un lugar público o privado, ya que tratándose de un lugar privado, deberá tenerse presente lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

c) Cosas.- Cuando con relación a una averiguación previa se encuentran cosas, se procederá a describirlas, precisando todas aquellas características que permitan establecer la relación entre esas cosas y los hechos por averiguar.

d) Efectos.- Es objeto también de la inspección ministerial el examen de las consecuencias, producidas por la conducta o hechos, en personas, lugares y cosas.

e) Cadáveres.- Tratándose del delito de homicidio, el cadáver se describirá de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 105 del Código de Procedimientos Penales, teniendo especial atención en describir las lesiones externas y señas particulares que presente el cadáver.

#### Reconstrucción de Hechos.-

Advertencia.- La reconstrucción de hechos no es una prueba que se utilice frecuentemente en el ámbito de averiguación previa, sin

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

embargo, no existe impedimento legal para que el Ministerio Público la ordene, es más, el artículo 144 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece esta posibilidad, razón por la cual, no obstante su poco uso y su asimilación a la inspección ministerial, se hará referencia a esta diligencia.

A) Concepto.- Es la diligencia realizada bajo la dirección y responsabilidad del Ministerio Público, que tiene por finalidad reproducir la forma, modo y circunstancia en que ocurrió el hecho materia de la averiguación y apreciar las declaraciones rendidas y los dictámenes formulados.

B) Fundamento legal.- Artículos 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150 y 151 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

C) Mecanismo.- Debe ser a la hora y en el lugar en que aconteció el hecho, si estas circunstancias tuvieren influencia en el conocimiento de la verdad. si no es el caso, puede hacerse en cualquier sitio y hora, constituido el Ministerio Público en el lugar en que se va a practicar la diligencia, dará principio ésta bajo la dirección del citado funcionario, quien previamente deberá haber efectuado inspección ministerial, tomará a peritos y testigos protesta de producirse con verdad, designará a las personas que deben sustituir a los sujetos intervinientes en el hecho que se investiga, dará fe de las circunstancias y pormenores que tengan relación con el hecho, leerá la declaración del indiciado y hará que éste explique prácticamente las circunstancias de lugar, tiempo y forma en que sucedieron los hechos, lo mismo hará con cada uno de los testigos presentes, enseguida los peritos emitirán su opinión en vista de las declaraciones rendidas y de las huellas o indicios existentes, atendiendo a las indicaciones y preguntas que haga el Ministerio

Público, el que procurará que los dictámenes versen sobre puntos precisos.

Podrán practicarse tantas diligencias de reconstrucción de hechos, como sean necesarias a juicio del Ministerio Público.

#### Confrontación.-

A) Concepto.- Puede definirse la confrontación como la diligencia realizada por el Ministerio Público en virtud de la cual el sujeto que es mencionado en la averiguación como indiciado, es identificado plenamente por la persona que hizo alusión a él.

B) Fundamento legal.- Artículos 217 a 224 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

C) Mecanismo.- Se coloca en fila a varios individuos, entre ellos al sujeto que va a ser confrontado, previniendo que no se disfrace ni desfigure o de cualquier modo, pueda inducir a error, se presentará vestido con ropas semejantes a las de los otros y se procurará que los demás sujetos tengan señas parecidas al confrontado, así como educación, modales y circunstancias especiales y que serán de clase análoga entre sí; al que va a confrontar se le tomará protesta de producirse con verdad, y se le preguntará si persiste en su declaración si conoció anteriormente a la persona a quien atribuye el hecho o si la conoció en el momento de la ejecución del hecho que se investiga y si después de éste lo ha visto en algún lugar, una vez observados estos requisitos, se conducirá a la persona que va a identificar frente a los sujetos que forman la fila, se permitirá hacer un reconocimiento detenido, y se le indicará que toque con la mano al designado y manifestará las diferencias o semejanzas que encuentre en el momento

de la confrontación y el que tenían en la época a que su declaración se refiere.

### Razón.

A) Concepto.- La razón es un registro que se hace de un documento en casos específicos.

B) Fundamento Legal.- Artículos 232 y 282 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

C) Mecanismo.- El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal sólo alude a la “razón” en los artículos 232 y 282, respecto al 232 se refiere a los documentos que presentan las partes o que deban obrar en el proceso, los que deberán agregarse a éste y de ellos se asentará la razón.

Congruente al Artículo 232 del Código Procedimental para el Distrito Federal, la razón en la averiguación previa procederá y operará cuando los sujetos relacionados con la averiguación, presenten documentos que deban obrar en la misma y en tal evento se registrará el documento asentando los datos que lo singularicen.

El artículo 282 se refiere a que cerrada el acta se tomará razón de ella: esto se entiende como que se registrará la averiguación en el libro correspondiente asentando los datos que la identifiquen.

### Constancia.

A) Concepto.- Acto que realiza el Agente del Ministerio Público durante la averiguación previa, en virtud del cual se asienta formalmente un hecho relacionado con la averiguación que se integra,

ya sea respecto de lo que se investiga o del procedimiento que se está verificando.

B) Fundamento Legal.- Artículos 94, 97, 100, 102, 103, 114, 119, 192, 193, 194, 197, 211, 212 y 269 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

C) Mecanismo.- Se hará en la averiguación previa un asiento respecto de vestigios o pruebas materiales de los hechos que se investigan; un lugar, objetos, ausencia de huellas o vestigios; circunstancias de ejecución; señales de escalamiento, horadación o uso de llaves falsas en los casos de robo, declaraciones respecto de casos de falsedad o falsificación, vínculos de tutela, curatela, matrimonio, parentesco, amor, respeto o gratitud entre los indiciados y los testigos, la razón del dicho de los testigos, nombre de las personas que reciban los citatorios a los testigos, la circunstancia de no saber o no querer firmar el testigo, las circunstancias especiales del testigo que hagan sospechar la falta de veracidad y la hora en que sea aprehendido el presunto responsable.

Puede utilizarse la fórmula: "Constancia: El personal que actúa hace constar que..." y se asentará el hecho de que se trate.

### Fe Ministerial.

A) Concepto.- La fe ministerial forma parte de la inspección ministerial, no puede haber fe ministerial sin previa inspección, se define como la autenticación que hace el Ministerio Público dentro de la diligencia de inspección ministerial, de personas, cosas o efectos relacionados con los hechos que se investigan.

B) Fundamento Legal.- Artículos 142, 150 y 265 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

C) Mecanismo.- Se da fe de las consecuencias de las lesiones, de las circunstancias y pormenores que tengan relación con los hechos que se investigan y de las personas y de las cosas a quienes hubiere afectado el hecho.

Se puede utilizar la frase "El Ministerio Público que actúa da fe de haber tenido a la vista..." y se asentará la persona, cosa o efecto al cual se dará autenticidad mediante tal acto.

#### Diligencias en actas relacionadas.-

Frecuentemente es necesaria la práctica de diligencias fuera del perímetro de la Agencia Investigadora que inicia la averiguación, en tales casos, no obstante que los Agentes del Ministerio Público de cualquier Agencia Investigadora en el Distrito Federal tienen competencia para actuar en todo el territorio de éste. por razones de índole práctica se solicitará a la Agencia Investigadora correspondiente la ejecución de la o las diligencias que se requieran; para tal efecto se establecerá comunicación por vía telefónica o radiofónica y se solicitará el levantamiento del acta relacionada, proporcionando para ello el número del acta primordial y explicando con toda precisión la diligencia solicitada. Para hacer constar tal solicitud se recabará el nombre y cargo de quien recibe el llamado y se hará la constancia respectiva en el acta, anotando la hora en que se formuló aquél.

#### Determinación de la averiguación previa.-

Una vez que se hayan realizado todas las diligencias conducentes para la integración de la averiguación previa ya sea en la Agencia

Investigadora o en la Mesa Investigadora, deberá dictarse una resolución que precise el trámite que corresponde a la averiguación o que decida obviamente la situación jurídica planteada en la misma.

En la Agencia Investigadora, las resoluciones pueden ser:

- a) Ejercicio de la acción penal;
- b) Envío a Mesa Investigadora Desconcentrada;
- c) Envío a Mesa Investigadora del Sector Central;
- d) Envío a Agencia Central;
- e) Envío a otra Delegación Regional o a otra Agencia;
- f) Envío por incompetencia a la Procuraduría General de la República;
- g) Envío a la Agencia Especializada en Asuntos Relacionados con Menores de Edad;
- h) Envío por incompetencia a la Dirección de Consignaciones;
- i) Envío a la Fiscalía Especial Central para Homicidios Intencionales y Casos Relevantes;
- j) Subdelegación de Fiscalía Especial para Homicidios y Casos Relevantes.

Respecto del ejercicio de la acción penal, esta resolución la toma el Ministerio Público en las averiguaciones previas con detenido, tratándose de delitos conocidos como “desconcentrados” o sean aquellos que por disposición del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, corresponde su conocimiento a las Agencias Investigadoras o a las Mesas Investigadoras que no forman parte del Sector Central; cuando el Agente del Ministerio Público adscrito a las Agencias Investigadoras del Ministerio Público en el Distrito Federal conoce un delito desconcentrado con detenido e integra los elementos del tipo penal y probable responsabilidad, está en aptitud de ejercitar la acción penal en la forma que más adelante se detallará, este ejercicio de

la acción penal constituye una de las determinaciones que puede dictar el Ministerio Público de Agencia Investigadora.

La Agencia Investigadora envía la averiguación previa a la Mesa Investigadora del Sector Desconcentrado cuando se trata de delitos desconcentrados sin detenido o se deja en libertad al indiciado, y la prosecución de la averiguación corresponde a la Mesa Investigadora de la Delegación Regional.

Procede remitir averiguaciones previas a las Mesas Investigadoras del Sector Central cuando se inician averiguaciones previas sin detenido por delitos concentrados.

A la Agencia Central Investigadora se envían las averiguaciones previas que se inician en las Agencias Investigadoras del Ministerio Público, cuando el conocimiento de los delitos corresponde al Sector Central y existe detenido.

Cuando los hechos materia de una averiguación sucedan en el perímetro de otra Delegación Regional o de otra Agencia Investigadora del Ministerio Público, puede remitirse la averiguación previa y al detenido en su caso, a la Delegación Regional o Agencia que corresponda. No es indispensable hacer este envío, pues considerando que el Ministerio Público es una unidad, el Agente del Ministerio Público de cualquier Agencia Investigadora en el Distrito Federal, es plenamente competente para conocer de cualquier hecho acontecido en el Distrito Federal, y por tanto no es imperativo hacer este traslado y salvo las circunstancias del caso concreto, es deseable que el Agente del Ministerio Público que tomó conocimiento inicial continúe la averiguación previa hasta su resolución.

En el evento de que los hechos que motiven el inicio de una averiguación previa constituyan posibles delitos del orden federal, el

Agente del Ministerio Público que tomó conocimiento de tales hechos enviará la Averiguación Previa y en su caso objetos, instrumentos y personas a la Procuraduría General de la República.

Cuando en los hechos que se investigan aparezca como autor de la conducta antisocial un menor, la averiguación previa relativa se enviará a la Agencia Especializada en Asuntos Relacionados con Menores de Edad, unidad competente para determinar lo relativo a las conductas infractoras de los menores. En el caso de que concurren adultos y menores como posibles autores de la conducta que originó una averiguación previa, se enviará copia de lo actuado a la Agencia Especializada y respecto de los adultos, se llevará el trámite ordinario. A la Dirección de Consignaciones se envían las averiguaciones previas sin detenido, cuando se refieran a hechos sucedidos en entidades federativas.

Los Agentes del Ministerio Público Jefes de Mesa Investigadora del Sector Desconcentrado, podrán dictar las siguientes resoluciones:

- a) Ejercicio de la acción penal;
- b) No ejercicio de la acción penal;
- c) Reserva;
- d) Envío al Sector Central;
- e) Envío a otra Delegación Regional;
- f) Envío por incompetencia a la Procuraduría General de la República;
- g) Envío a la Agencia Especializada en Asuntos Relacionados con Menores de edad;
- h) Envío por incompetencia a la Dirección de Consignaciones;
- i) Envío a las Agencias Investigadoras del Ministerio Público.

El ejercicio de la acción penal se efectúa, cuando una vez realizadas todas las diligencias pertinentes, se integran elementos del tipo penal y probable responsabilidad y se realiza la consignación.

El no ejercicio de la acción penal se consulta en el caso de que agotadas las diligencias de la averiguación se determina que no existen elementos del tipo penal de ninguna figura típica y por supuesto no hay probable responsable o bien que ha operado alguna de las causas extintivas de la acción penal. En estos casos el Agente del Ministerio Público propone el no ejercicio de la acción penal y el archivo de la averiguación previa, los Agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador opinan sobre la procedencia o improcedencia de autorizar el no ejercicio de la acción penal y los Subprocuradores, cualquiera de ellos, por delegación de atribuciones del Procurador, autorizarán o negarán el no ejercicio de la acción penal citado.

La reserva de actuaciones tiene lugar cuando existe imposibilidad de cualquier naturaleza para proseguir la averiguación previa y practicar más diligencias y no se han integrado los elementos del tipo penal y por ende la probable responsabilidad, o bien cuando habiéndose integrado elementos del tipo penal no es posible atribuir la probable responsabilidad a persona determinada.

Las ponencias de no ejercicio de la acción penal y de reserva, en modo alguno significan que la averiguación previa haya concluido o que no pueden efectuarse más diligencias pues en el supuesto de que aparecieran nuevos elementos, el Ministerio Público, en tanto no haya operado una causa extintiva de la acción penal, tiene obligación de realizar nuevas diligencias pues la resolución del no ejercicio de la acción penal es una resolución que no causa ejecutoria. La práctica de

nuevas diligencias puede llevar inclusive al ejercicio de la acción penal.

El envío al Sector Central se efectuará cuando de las diligencias efectuadas se observe la existencia de delitos concentrados.

Se remitirá la averiguación previa a la Procuraduría General de la República cuando aparezcan delitos del orden federal.

Cuando los hechos materia de averiguación previa hubiesen acontecido en perímetro distinto al de la Delegación Regional a la que pertenezca la Mesa Investigadora, se enviará la averiguación previa al Departamento correspondiente.

Será trasladada la averiguación previa cuando de modo indubitable surja como posible sujeto activo de una conducta antisocial un menor de dieciocho años y mayor de once.

Las averiguaciones previas en las que se presenten hechos acontecidos en alguna entidad federativa, serán remitidas a la Dirección de Consignaciones para que esta dependencia las envíe a su vez al Estado que corresponda. La incompetencia y correspondiente traslado se llevarán a cabo exclusivamente por los hechos ocurridos en otra entidad, siempre y cuando no haya persona detenida.

El Agente del Ministerio Público Jefe de Mesa Investigadora del Sector desconcentrado, enviará la averiguación previa a la Agencia Investigadora del Ministerio Público correspondiente, cuando en una averiguación previa originalmente tramitada sin persona detenida se efectúe la detención de los indiciados, en este caso, la Agencia Investigadora del Ministerio Público a quien toque el conocimiento de los hechos, recibirá de la Mesa Investigadora la averiguación.

La misma resolución que puede dictar el Ministerio Público Jefe de Mesa Investigadora del Sector Desconcentrado, puede decidir el Jefe de

Mesa del Edificio Central, excepto que así como la Mesa Investigadora Desconcentrada envía averiguaciones al Sector Central, la Mesa Investigadora del Sector Central puede trasladar averiguaciones al Sector Desconcentrado.

Tratándose de delitos del fuero militar, o sea los previstos en el Código de Justicia Militar y los del orden común o federal cometidos por militares en servicio, o con motivo de actos del servicio, en recintos castrenses, frente a la Bandera Nacional o ante tropa formada, lo usual tanto en la Agencia Investigadora como en la Mesa Investigadora es que se envíe la averiguación previa a la Procuraduría General de la República, pero nada impide que en el evento de que con certeza se determine que se trata de un delito militar se envíe la averiguación previa y en su caso persona y objetos a la Procuraduría General de Justicia Militar. Considera que por elementos del tipo penal del delito se entiende el conjunto de componentes que constituyen la conducta considerada por la norma penal como delictiva y que en ausencia de cualquiera de ellos no se integra el ilícito penal. Por probable responsabilidad se entiende la posibilidad razonable de que una persona determinada haya cometido un delito y existirá cuando del cuadro procedimental se deriven elementos fundados para considerar que un individuo es probable sujeto activo de alguna forma de autoría; concepción; preparación; ejecución o inducir o compeler a otros a ejecutarlo. Se requiere, para la existencia de la probable responsabilidad, indicios de responsabilidad, no la prueba plena de ella, pues, tal certeza es materia de sentencia. Hasta aquí lo expuesto por tal autor.

### **III.3.- La inseminación artificial como delito.**

Los problemas que plantea esta técnica de la concepción en el género humano, constituyen hoy tema apasionante con sostenedores y detractores, con popularidad en países como Estados Unidos y fuertes sectores de apoyo en Inglaterra, Suecia e Islandia, etc., con la repulsa del Papa Pío XII, en nombre del mundo católico, de los obispos protestantes de la Iglesia Sueca, de la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Francia en 1952, etc., que han condenado la inseminación artificial heteróloga.

Lo adverso de las opiniones sobre la moralidad y legitimidad del procedimiento, ha dado lugar a debates y controversias, analizándose el tema desde el punto de vista religioso, social, político, así como desde el punto de vista del Derecho, en sus aspectos: civiles, penales y administrativos. Sin embargo, excede, a los fines de este trabajo, el examen total del problema tan apasionante como complejo.

#### **La Fecundación Artificial Homóloga y Heteróloga.**

La primera llevada a cabo por la propia voluntad de los cónyuges y cuyo ejemplo más difundido fue el de los soldados americanos en Corea, que deseosos de asegurar su generación fecundaron a sus esposas a distancia y que contempla también el caso de la mujer soltera que se insemina con el deseo de ser la "única" dueña del hijo, aunque pueda luego reivindicarse con el dador de "semilla". implica hechos que podrían ser o no morales dentro de nuestro íntimo recogimiento.

pero que se encuentran amparados en todo Estado en que la libertad individual se respete.

El problema más polémico, es cuando, tratándose de una fecundación heteróloga, es decir, cuando el semen es donado por un tercero con el acuerdo de los cónyuges, pudiese ser reconocida por el Estado.

Parecería, que si se tiene derecho a aceptar a un niño en los matrimonios que carecen de hijos, como una forma de integrar la familia no habría razón para que el Estado negase a uno de los cónyuges, que, con el acuerdo del otro, ponga en el matrimonio un injerto de su sangre.

El problema deriva, sin embargo, de otros supuestos más complejos; puede suceder que el matrimonio tenga otros hijos y entonces el "injerto" alteraría, entre otros derechos, los hereditarios; o puede ser, asimismo, que se traiga al mundo al niño artificialmente engendrado ante el inminente deceso del esposo, para captar la herencia de los abuelos paternos.

La inseminación no "recoge" hijos, los crea; significa, pues, un acto más trascendente, por cuya razón debe ser cuidadosamente reglamentada, determinando los casos en que puede ser admitida, estableciendo la necesidad de la autorización judicial al médico, así como la situación en que quedaría el dador.

Lógicamente, la primera conclusión es que la inseminación artificial heteróloga debe ser prohibida e incriminada como delito, hasta que el Estado reglamente las situaciones excepcionales en que ella procediera. Lo contrario implicaría alterar todo el régimen de la familia occidental y dejar abierto el camino a los pleitos tan dolorosos como aberrantes.

La fecundación artificial realizada por la mujer casada sin el consentimiento o contra la voluntad del esposo.

Así han creado la hipótesis de que la mujer casada haya sido obligada a inseminarse, o la del médico que quiere experimentar y, simulando una curación fecundase a la paciente. Pero a poco que meditemos nos daremos cuenta de que estos dos delitos tienen como objeto material la protección de dos bienes jurídicos: la libertad sexual y la honestidad. Tienen, por tanto, una íntima esencia sexual y pública, por cuya razón no podrían ser los equivalentes de la "fecundación" en las especies supuestas, pues en ésta, lejos de satisfacer la "libido", se llega a una situación psicológica contraria: el autor no trata de satisfacer su instinto sexual, sino que tiende a finalidades que no guardan con éste relación alguna. También se ha descartado calificarlo entre las exhibiciones que requieren una determinada dosis de notoriedad pública, que no concurre en la práctica en la inseminación artificial.

Existen otros delitos, como el atentado al estado civil de las personas, en cuyo tipo encajarían los hechos como resultados; como en el caso de la cónyuge que da luz a un hijo concebido artificial y heterológamente sin consentimiento del marido, hijo a quien inscribe en el Registro Civil como del matrimonio

### Teoría del delito de fecundación artificial fraudulenta.

La "turbatio sanguinis" ha sido tradicionalmente considerada como una grave lesión a valiosos preceptos culturales: así para asegurar la filiación y la paternidad "verdadera", la legislación civil de todos los países ha establecido medidas precautorias, presunciones, términos, acciones y medios de prueba; y más que por sus propiedades, el hombre se ha preocupado por sus hijos.

La hipótesis planteada de la fecundación heteróloga, sin el consentimiento del cónyuge es, en el fondo, una de las formas más crudamente repudiada por el espíritu de la ley civil y por nuestras propias vivencias culturales y religiosas, ya sea ateo, mahometano o budista. el fraude al introducir como propio del matrimonio el hijo de otro, provoca la repulsa de sentimientos naturales que se valoran por el hombre.

### El bien jurídico protegido.

Hemos dicho ya que en la hipótesis no hay delito contra la honestidad, y destacado que tanto el estupro como la violación o el abuso deshonesto, e incluso las exhibiciones obscenas, se proponen un fin sexual y público, no se vulnera en la hipótesis la honestidad, ya que honestísima puede ser la mujer que poseída por el afán de tener un hijo, ante la presencia del marido estéril, acude al tratamiento médico repeliendo toda conducta adúltera.

El hecho contemplado, no es atentado al matrimonio como lo es el adulterio; es, en esencia, un ataque al orden familiar porque su admisión como acción autorizada y lícita quebraría verticalmente la institución que la ley civil crea.

En la fecundación artificial hay una injuria al marido, pero no hay precisamente una infidelidad, dado que la mujer no se propone engañar a su marido con otro no se convierte en mujer infiel, sino que desea tener un hijo; lo engaña pero no lo traiciona; ni la seducción, ni la libido, ni el amor pecaminoso emponzoñan sus relaciones con el marido.

Resulta así claro que el bien jurídico protegido por inseminación artificial fraudulenta, lo será el orden familiar en cuanto a la certeza de la prole.

#### Naturaleza del delito.

Se trata de un delito continuo o permanente, cuyo proceso ejecutivo empieza con la acción de fecundar y que se consuma con el alumbramiento de un ser vivo.

No podrá legislarse como un delito de peligro, porque si bien potencialmente puede hacer incierto el estado civil, realmente éste sólo se logra con el nacimiento con vida, y porque además, no admitiría el desistimiento.

No podría tampoco considerarse instantáneo, porque la acción de fecundar supone el resultado de hacer nacer a alguien con vida para

que adquiera derechos y obligaciones; por otra parte, constituirían delito en grado de tentativa, las inseminaciones fracasadas.

#### El proceso ejecutivo.

Hemos dicho que para que el delito comience en el tiempo es necesario que se haya empezado a fecundar, es decir, que la semilla prenda en el seno materno. Cuando la fecundación no se consuma por "circunstancias ajenas a la mujer", porque perdiera el feto, nos encontraríamos ante una tentativa. Sin embargo, tratándose de un aborto terapéutico no será responsable y por lo tanto no se le aplicará ninguna pena. En ello también se distinguiría del adulterio que no admite la tentativa, según lo sostiene la mayoría de la doctrina.

#### La acción penal.

No es tan pacífica la solución de los problemas que a ella atañen. Si seguimos a los que equiparan el adulterio a la fecundación fraudulenta, se postularía que fuese un delito de acción privada y, por tanto, la acción correspondería exclusivamente al marido o a sus sucesores. Pero ya dijimos que el bien jurídico tutelado "no sería la fidelidad conyugal", sino la familia, en cuanto aquella maniobra hace incierta su verdadera constitución; si a la postre alterase el estado civil de las personas, podría considerársele como delito de acción pública.

Creemos que si el primer bien jurídico vulnerado es el orden familiar en cuanto a la certeza de la prole, quien primero tiene derecho a limpiar su familia serán el marido o sus sucesores; eventualmente lo

será el Estado, cuando se rocen formas muy particulares, por ejemplo, que el marido sea un insano, etc. En la dogmática nacional ha de estimársele, en consecuencia, delito de instancia privada.

#### Elementos del delito.

Hay dos autores necesarios del delito y otro eventualmente necesario. Son necesarios la mujer fecundada y el médico que obra sin autorización legal o el lego que realiza la inseminación; lo es también el dador, si conoce el hecho y le prestó su concurso.

#### Elemento material.

Es necesaria la existencia de un matrimonio anterior al delito, lo que jurídicamente plantea el problema de los matrimonios absolutamente nulos y relativamente nulos, y la posibilidad de incriminación del hecho como delito putativo.

#### Fecundación artificial fraudulenta.

Puede ocurrir otro supuesto en que no se alteraría nada de lo anterior, sino en orden a los sujetos del delito: "el del marido (estéril o no estéril) que instiga al médico que cure a su mujer para que subrepticia y artificialmente la fecunde".

Es evidente que en ese caso el instigador sería el marido, autor el médico, y autor eventual, si cooperare, el "dador".

### Inseminación artificial dolosa.

Una figura de distinta naturaleza sería la inseminación artificial dolosa, por ejemplo, en el caso en que se provocase dolosamente la inseminación artificial de una mujer (soltera o casada) sin su consentimiento o contra su voluntad, por ejemplo: el médico que pretende experimentar; o quien, deseoso de vengarse, cambia las sustancias curativas de una enfermedad vaginal de una mujer por fecundante o, finalmente, quien lo hace mediante violencia.

### El bien jurídico protegido.

En este caso lo será la salud y eventualmente la vida; o necesariamente también el orden familiar. Pero la acción típica no será la de fecundar, sino que habrá de bastar la de inseminar para que el proceso ejecutivo del delito se inicie. Tal proceso comenzará pues. en el momento en que el semen se deposite en el órgano femenino, tratándose de un delito "instantáneo", que admite tentativa y el desistimiento, y del cual deberá surgir una acción pública.

Sólo podrá obrarse a título de dolo específico en el delito de fecundación artificial fraudulenta; así como en la inseminación artificial dolosa. La culpa sería inadmisibles en esos delitos.

**CAPÍTULO IV.- Estudio del artículo 466 de la Ley General de  
Salud, relativo al delito de inseminación artificial.**

**IV.1.- Por ausencia del consentimiento.**

**IV.2.- Por responsabilidad médica profesional.**

**IV.3.- Por fin diverso al que fue otorgado.**

**IV.4.- Por responsabilidad de los contratantes.**

#### **CAPÍTULO IV.- Estudio del artículo 466 de la Ley General de Salud, relativo al delito de inseminación artificial.**

El Presidente de los Estados Unidos Mexicanos expuso ante el Congreso de la Unión los motivos de la iniciativa de ley: "El Plan Nacional de desarrollo 1989-1994, señala que el objetivo más amplio de la política de salud, asistencia y seguridad social persigue impulsar la protección a todos los mexicanos, brindando servicios y prestaciones oportunas, eficaces, equitativas y humanitarias, que coadyuven efectivamente al mejoramiento de sus condiciones de bienestar social en esta materia.

Entendida en un sentido amplio, la salud no es sólo la ausencia de enfermedad sino un estado de completo bienestar físico y mental, en un contexto ecológico y social propicio para su sustento y desarrollo. La salud es un elemento imprescindible del desarrollo y en una sociedad que tiene como principio la justicia y la igualdad social es un derecho esencial de todos".

Refiere que se determina " con precisión los términos de la gestación en el embrión y el feto y se definen los conceptos de órganos, tejidos y células germinales." Ello en relación de los cadáveres.

Pero respecto de la inseminación artificial es omiso en su exposición de motivos.

La Ley General de Salud se publicó en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de febrero de 1984.

En las siguientes líneas exponemos una serie de criterios que, a nuestra consideración permiten definir en qué casos la inseminación artificial es considerada como delito.

#### IV.1.- Ausencia de consentimiento.

Partimos de las hipótesis establecidas en el mismo artículo 466 de la ley General de Salud, que en su parte conducente expresa:

“Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

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

El consentimiento es un elemento determinante de existencia para la celebración de un contrato.

Olaf Sergio Olave Ibarra lo define de la siguiente manera:

“Contrato es un acto jurídico plurisubjetivo mediante el cual dos o más personas manifiestan exteriormente su acuerdo de voluntades con el propósito directo de producir consecuencias de derecho previstas en el sistema legal, relativas a la formación, modificación o extensión de una relación jurídica.”<sup>(42)</sup>

---

<sup>(42)</sup>OLAVE IBARRA. Olaf Sergio. “Obligaciones y Contratos Civiles. Nociones”. Editorial Banca y Comercio 2ª Edición. México. 1988 pág. 64.

También define qué es el consentimiento:

“Significa acuerdo de voluntades. Cada una de las partes concurre con su voluntad para celebrar el contrato, y ese concierto de voluntades es el que en derecho recibe el nombre de consentimiento”.

Se afirma que es el elemento de definición, porque, precisamente contrato es el acuerdo de dos o más voluntades. Si faltase la voluntad de una de las partes no existiría el consentimiento y, por lo tanto, tampoco podrá existir contrato. Consecuentemente, nunca producirá efectos jurídicos, porque ¿puede el lector imaginarse el caso de que le exijan el cumplimiento de un “contrato” en el cual en ningún momento ha manifestado su consentimiento?.

Por supuesto que sería absurdo. El consentimiento se puede expresar, nos dice el artículo 1803 del código civil en dos formas:

A) Expresa y

B) Tácita

A) Es expresa cuando se exterioriza: 1) Verbalmente 2) Por escrito ya sea privado, público (notariado) o en forma solemne (revestido de formalidad especial, ante funcionario público) y 3) Por signos inequívocos (mímica).

B) Es tácita, cuando se desprende de hechos u omisiones que de manera indubitable revele el propósito de contratar, aunque el sujeto no diga su propósito, ni lo escriba, ni lo haga saber a señas. Tal es el caso de quien se forma en fila para comprar un boleto y presenciar un espectáculo <sup>(43)</sup>.

---

(<sup>43</sup>)Ibid. pág. 66.

Por lo que el consentimiento deberá ser expreso plasmado en un documento solemne y es lo que no ocurre en la realidad ya que al no existir un marco legal que defina la estructura que deberá revestir tal figura se deja hacer lo que se quiera en esta materia. De ahí el interés central en este trabajo de tesis: contribuir a la elaboración de un marco jurídico en el que se establezcan las condiciones en que operará la inseminación artificial comprendiendo la adecuación y correlación entre la Ley General de Salud, el Código Civil y el Código Penal para que la biotécnica genética sea aplicada en condiciones de igualdad entre las partes y con un marco sancionador a quien incurra en violaciones e infracciones al contrato celebrado y que, en consecuencia sea materia de delito.

El artículo 466 de la citada Ley establece así tres supuestos en los que se considera la falta de consentimiento:

A) Cuando la mujer no da su consentimiento; es este caso se considera que se está refiriendo a una mujer mayor de edad soltera o en estado de concubinato (para ello no requiere del consentimiento de su concubino) ó a una menor de edad viuda o divorciada ( ya que no tiene la calidad de minoría de edad sino de emancipada, en términos del artículo 641 del Código Civil).

B) O aún dando su consentimiento si ésta fuere menor o incapaz; a este respecto se refiere a la menor de 18 años (según dispone el artículo 646 del Código Civil) y a la incapaz ¿pero qué es la incapacidad?

El artículo 23 da luz acerca de esta cuestión:

“Artículo 23- La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas

por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes”.

Y a su vez el artículo 450 del Código Civil expresa:

“Tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad;

II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

III.- (derogada)

IV.- (derogada)”.

Así pues, los artículos 23 y 450 del Código Civil definen qué es la incapacidad de tal manera que a ellos se debe de remitir quien pretenda hacer valer lo consignado en el Artículo 466 de la Ley General de Salud.

C) Cuando el cónyuge no manifieste su conformidad, la mujer casada no podrá otorgar el consentimiento; en este caso el marido también debe manifestar conformidad para que su mujer (previo consentimiento) sea inseminada artificialmente.

En estos casos, establece la Ley General de Salud, al faltar el consentimiento al que realice la inseminación se le aplicará una

sanción. Eso lo veremos más adelante, en este momento estamos centrados en la "falta de consentimiento".

El citado artículo 466 de la Ley en comento omite mencionar otros supuestos en que se puede dar la falta de consentimiento. En efecto a consideración nuestra, faltaría establecer las siguientes hipótesis en que hay ausencia de consentimiento de quienes intervienen en el proceso de inseminación artificial ( y que, en su caso, también valdrían para aplicar una pena a quien realice la inseminación):

A) Ausencia de consentimiento de quien otorga el semen ya sea "donador" ya sea esposo de la persona que requiere tener el producto, porque en cualesquiera de estas dos situaciones pudieron haber entregado su semen sin saber para qué fue utilizado ( por ejemplo, tal vez sólo le dijeron que era para saber el tiempo que el semen puede ser refrigerado pero sin fines de procreación) también puede darse el caso que el "donador" del semen lo dio para fines meramente científicos y nunca dio su consentimiento para fines de procreación ya que tiene hijos menores de edad y que a futuro, es posible, estos se enamorarían de sus "hermanos" sin que ninguno lo supiera y que al unirse darían a luz hijos anormales.

B) Es posible también el caso de que exista ausencia de consentimiento por parte de la donadora del ovocito (célula sexual femenina formada durante el periodo de ovogénesis <sup>(44)</sup>). En efecto, también esta donadora lo hizo sin saber que era para fines de procreación artificial sino única y exclusivamente para fines meramente científicos.

---

(44)Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado. 5ª Reimpresión Editorial Readers Digest, México. 1990: pág. 2727.

C) Puede ser que el médico y aún, el personal de apoyo para la práctica de la inseminación artificial sean obligados a realizarla. En efecto, no debe descartarse de que existen personas que, a falta de un debido marco legal que regule esa importante práctica de la biotécnica genética, la realicen como una "actividad comercial" y que entren a una negociación con diversas personas - madres sustitutas, donadores de semen, donadoras de ovocitos - para tener varios hijos a la vez y que el médico se niegue a formar parte de esa mafia y que por ello se vea amenazado por esta última.

No debemos olvidar que en los umbrales del siglo XXI debido al desarrollo de la tecnología de punta ya es posible la clonación y que existe un mercado importante para el tráfico del cuerpo humano y qué mejor vía para obtenerlo como mercancía que la fecundación artificial. Si se habla de costos, a la larga se irían disminuyendo al existir mayor demanda.

Hay que tener cuidado con esto.

Estos casos deben ser abordados también en la Ley General de Salud. Se propone, desde luego, que el artículo 466 de la ley citada en una serie de fracciones mencione las causales por las cuales se daría la falta de consentimiento y, obviamente, el que se considere como delito a la inseminación artificial.

#### **IV.2.- Por responsabilidad médica.**

La Ley General de Salud impone una pena al que realiza la inseminación artificial. En efecto el artículo 466 expresa en su parte conducente:

“Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si esta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años”.

Lo relativo a la falta de consentimiento ya se ventiló en el apartado anterior y en este veremos lo relacionado a la responsabilidad médica.

El artículo 466 que se analiza impone una sanción de uno a tres años de prisión al que realiza la inseminación si no resulta embarazada la mujer que no dio su consentimiento o dándolo sea menor ó incapaz.

En este caso y al amparo del Código de Procedimientos Penales nos encontramos con que la persona que realiza la inseminación artificial tiene derecho a la libertad desde el auto de formal prisión en virtud de que la pena no excede los 5 años de cárcel. En el caso de que resulte embarazo se impone la pena de dos a ocho años de cárcel al responsable ( si fue la puesta a disposición con detenido) deberá estar recluido hasta que se dicte la sentencia ó, en su caso, deberá girarse la orden de aprehensión respectiva.

Creemos necesario realizar las siguientes propuestas que el legislador omitió y que tal vez servirán para una mejor aplicación de la ley:

A) Es menester que se establezca en un artículo de la propia ley la responsabilidad que en orden jerárquico tendrán todos y cada uno de los que intervinieron en el proceso de la inseminación artificial. En efecto se deben establecer una serie de sanciones tanto al médico responsable como a los médicos auxiliares así como al personal de apoyo como pueden ser enfermeras, anesthesiólogos, etc. Porque así como está

redactada la ley ("al que... realice en ella inseminación artificial... ") en forma genérica deja una serie de lagunas de las que se pudieran aprovechar los infractores y escapar de las manos de la ley.

Debe ser más clara y establecer que a todos y cada uno de los profesionistas y personal de apoyo participantes en la inseminación artificial se les impondrá las siguientes penas, y enseguida se deberán establecer las mismas en razón de la participación que cada uno haya tenido. Porque no se le puede aplicar la misma pena al médico responsable y que obtuvo mayor ganancia económica que a la enfermera auxiliar que ganó el salario mínimo por su intervención. Y no es necesaria la ausencia de consentimiento.

B) También deberá aplicarse una sanción económica en beneficio de los sujetos pasivos del delito. Se debe establecer en la Ley General de Salud una sanción económica a los médicos profesionistas responsables del proceso de fecundación artificial en los casos en que incurran en delito, ello para beneficio de los padres que desearon tener un hijo por ese medio; si los padres cumplieron con los requisitos que les fueron solicitados por la autoridad ( en este caso Secretaría de Salud) y no fue su responsabilidad que no se obtuvieran los resultados deseados (no embarazo o producto que no cumple las expectativas que según el médico se darían) y por lo menos se debe establecer que para esos casos los médicos profesionistas responsables deberán reembolsar las cantidades de dinero que los padres gastaron para ese fin y que fue el no deseado. Así, no es necesaria la falta de consentimiento para que se dé el delito.

Para los demás participantes en el proceso; en efecto, puede suceder que con pleno consentimiento los donadores de semen o de ovocitos

(en los casos que proceda) que intervinieron para obtener un beneficio económico por parte de sus contratantes pero que por causas ajenas a su voluntad no se obtuvo el embarazo o el producto no fue el deseado, en este caso ¿Qué sucede? ¿Qué sanción se impone a los médicos profesionistas responsables? ¿Quedan desamparados la madre sustituta, el donador del semen, la donadora del ovocito? ¿Quién les pagará lo prometido? ¿Los padres contratantes se harán cargo de pagarles si ya han erogado gran cantidad de dinero sin obtener el beneficio deseado?.

Así por inexperiencia, negligencia, dolo y mala fe y sin obtener el resultado deseable ( no embarazo ó producto que no cumple las expectativas deseadas) los médicos también deben cubrir una sanción económica en favor de estos sujetos y que será determinada por el juez penal que tuvo conocimiento tomando como base las cantidades de dinero que se establecieron en el contrato de prestación de servicios profesionales entre médicos y padres solicitantes así como entre los padres solicitantes y donadores.

C) También propugnamos porque se finque responsabilidad a la institución en donde se realice el proceso de inseminación artificial y que se preste a componendas con los médicos profesionistas, auxiliares, padres solicitantes y donadores. Es decir, con todos con los que de alguna manera, participan para obtener un beneficio contrario a los fines para los cuales se da la inseminación artificial.

Así la clínica u hospital que incurra en el delito de inseminación artificial deberá ser sancionada por conducto de su presidente o representante legal (a este con cárcel) y con una importante sanción económica siempre y cuando quede acreditada su responsabilidad penal.

#### **IV.3.- Por el fin distinto al que fue otorgada.**

A pesar de que no existe un marco legal que establezca los requisitos para solicitar la vía de inseminación artificial para ser padre o madre o padres ni los que deben de reunir los donantes ni autoridad a la que se debe recurrir para solicitarla menos aún la vía procesal para ello, es de entenderse que la pareja unida en legal matrimonio, los concubinos, inclusive el hombre o mujer en solitario podrán optar por este proceso para tener el “hijo” deseado y será la Secretaría de Salud que previos trámites así lo autorice.

Pensemos que ya fueron cubiertos todos los requisitos. ¿pero que sucede en el caso de que el producto (bebé) sea destinado a un fin diverso al del privilegio de ser padres? Por ejemplo: puede suceder que ya teniendo al producto en su poder los padres ó padre o madre en solitario lo den a la venta ó lo den a otras personas aduciendo que no salió como ellos querían. ¿A qué sanción se hacen acreedores? ¿Qué autoridad debe conocer de ello?.

Consideramos que tanto a los padres a los que se le dio el privilegio de optar por la inseminación artificial así como a los que aceptan el producto (no estoy hablando de adopción) deberá imponérseles una sanción ejemplar y tipificar su conducta en el Código Penal como tráfico de persona.

La autoridad que debe conocer de ello debe ser precisamente el Juez de lo Penal.

Se debe también crear un Capítulo en el Código Penal (proponemos que sea en el Título decimonoveno, De los Delitos Contra la Vida y la

Integridad Corporal) en el que se establezcan qué personas se hacen acreedoras a una pena por incurrir en el delito de inseminación artificial, cuándo se da el delito de inseminación artificial y sanción económica a que se hacen acreedores quienes incurran en este delito.

#### **IV.4.- Por responsabilidad de los contratantes.**

Conforme al artículo 466 de la Ley General de Salud la mujer deberá ser mayor de edad capaz para dar su consentimiento y además si es casada ( no importa si es menor de edad) deberá contar también con el consentimiento de su marido.

En el supuesto caso de existir un contrato la mujer deberá ser apta física y mentalmente para dar en préstamo su útero ya que de ello dependerá obtener un resultado óptimo y favorable a los intereses de quienes la contratan. de otra manera se estaría incurriendo en una infracción y ello no lo menciona el artículo 466. Pudiera pensarse que se sobreentiende que la mujer debe ser apta física y mentalmente para la inseminación artificial pero es preferible que mejor se plasme en la misma ley estas condiciones para evitar lagunas que en el futuro puedan crear conflictos entre las partes, tal y como está redactado en el citado artículo 466 da lugar a dichos conflictos.

El artículo menciona los casos en que la mujer presta su útero ya sea casada ya sea soltera (mayor de edad) pero siempre y cuando se dé el consentimiento a que alude la ley. Pero es omiso en lo que se refiere a las personas que solicitan el servicio como son la pareja de esposos que desean tener un hijo por este medio, la forma en que se realizará la inseminación (ejemplo: si es con esperma y óvulo de los esposos

solicitantes o sólo espermatozoides del esposo solicitante y óvulo de la madre sustituta), etcétera.

Única y exclusivamente se refiere a la sanción que se impondrá “ al que... realice en ella inseminación artificial...”, lo cual da a entender que será al profesional al que se impondrá la sanción ya que será éste el que realice la respectiva tarea que abarca desde el momento mismo en que le toman las primeras muestras de orina, sangre, etc., para saber si está sana la persona que será inseminada hasta la extracción misma del producto, en su caso.

Pero ni en este ni en ningún otro artículo de ley se establece sanción alguna para el caso en que incurran en responsabilidad la madre sustituta, los esposos que desean tener un hijo en tales condiciones, los donantes de espermatozoides, de ovocitos, etc.

Aparte de no establecer sanciones para los participantes que concurren en la práctica de inseminación - excepto al que la realice en la mujer - tampoco se establecen las normas mínimas requeridas de contratación entre las partes. Se pudiera decir que no es el sitio ideal para que estén plasmadas que para ello existen otras legislaciones, pero desafortunadamente tampoco en el Código Civil ni en el Código Penal se señalan.

## BIBLIOGRAFÍA

- 1) RODRÍGUEZ ITURRI, Roger. "Concubinato y Fertilización In Vitro". Derecho No. 39 Diciembre, 1985. Lima, Perú.
- 2) TABOADA, Leonor. "La Maternidad Tecnológica de la Inseminación Artificial a la Fertilización In Vitro". Barcelona, Icaro, 8 de marzo de 1986. 80 págs.
- 3) ZANNONI, Eduardo A. "Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina, Proyecciones Jurídicas". Buenos Aires, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 1978 124 págs.
- 4) SILVA RUIZ, Pedro. "El Derecho de familia y la Inseminación Artificial In Vivo e In Vitro". Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico; Vol. 48, No. 1, Enero- marzo, 1987; San Juan, Puerto Rico.
- 5) KIRBY, M.D. "La Biotécnica y el Derecho". La Revista de la Comisión Nacional de Juristas. No. 39; Diciembre, 1987 Ginebra. Suiza.
- 6) TORRES DEL MORAL, Antonio. "Algunas Reflexiones Jurídicas-Constitucionales sobre el Derecho a la Reproducción Humana y las Nuevas Técnicas de Reproducción Asistida". Revista De Derecho Político. No. 26; 1988 Madrid, España.
- 7) GARCÍA MENDIETA, Carmen. "Fertilización Extracorpórea; Aspectos Legales." Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango. No. 20-21, octubre-marzo, 1985. México.
- 8) ROSAS VIAL, Fernando. "Problemas Jurídicos y Morales que Plantea la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro." Revista Chilena de Derecho. Vol. 16, No. 3, Septiembre- Diciembre, 1989. Santiago de Chile.

- 9) FIGUEROA ESTREMADOYRO, Ernesto. "Procesos Biológicos y Delitos." Revista del Foro. Año LXXIX; No. 1, enero-junio, 1991, Lima, Perú.
- 10) BARRAGÁN C., Velia Patricia. "La Reproducción Humana Asistida; Marco Jurídico." JUS, No. 3, Diciembre 1991, Durango, México.
- 11) MANTOVANI, Fernando. "Problemas Jurídicos de las Manipulaciones Genéticas." Derecho Penal y Criminología. Vol. XV, NO. 51, Septiembre-Diciembre, 1993. Bogotá, Colombia.
- 12) CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. "Inseminación Artificial y Derecho Penal (La Familia Manipulada)." Criminalia. Año XLIV, Nums. 10-12. Octubre- Diciembre, 1978, México, D.F.
- 13) BLANCO SANCHO, Román. "Esterilidad e Infertilidad Femenina." Editorial JIMS. México. 1988.
- 14) ZIPORYN, Terra. "Inquietudes Médico-Sociales sobre la Reproducción Humana Artificial." En Revista Chilena de Derecho. Vol. 13 no. 2. Facultad de Derecho Pontificia. Universidad de Chile, págs. 289 a 293.
- 15) GALLINO YANZI, Carlos V. "Fecundación Artificial Fraudulenta e Inseminación Dolosa en los Humanos y el Derecho Penal." En Revista del Instituto Nacional de Ciencias Penales. Págs. 12 a 15.
- 16) Ley General de Salud.
- 17) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. 54ª. Edición. Ed. Porrúa. México, 1999..
- 18) Código Penal para el Distrito Federal.
- 19) Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal. Editorial SISTA, S. A. de C.V. México. 1999.

- 20) ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil Mexicano." Tomo II. Derecho de Familia. 7ª Edición, Ed. Porrúa, S. A., México, 1987.
- 21) CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. "Código Penal Anotado". Ed. Porrúa, S. A., México, 1974; 5ª Edición; 802 págs.
- 22) HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón. "Manual de Procedimientos Penales". 2ª Edición, 1985, Ed. PAC, S.A. DE C.V., México, 192 págs.
- 23) ANGELES BAUTISTA, Juan. "La naturaleza del derecho al propio cuerpo humano". Tesis. México, 1969, 147 págs.
- 24) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ediciones Fiscales ISEF, S. A., México 1999.

## CONCLUSIONES.

Persona moral es toda unidad orgánica resultante de una colectividad organizada o de un conjunto de bienes.

Persona física es el ser humano, hombre o mujer, cuyos derechos llamados de la personalidad o derechos personalísimos son los inherentes a la persona y son irrenunciables e intransmisibles. La protección del cuerpo humano aparece como una de las prerrogativas esenciales del hombre, quien puede disponer de su cuerpo así lo establecen los artículos 22 y 24 del Código Civil.

El derecho que la persona física ejerce sobre su cuerpo tiene las siguientes características: es un derecho esencial, individual, indivisible, inseparable, personalísimo, imprescriptible y es un derecho de exclusivo interés particular. Existe un marco legal (penal y civil) que regula el derecho a disponer del propio cuerpo humano.

La inseminación artificial explicada en términos sencillos de comprender, consiste en el proceso por el cual se deposita semen fresco o congelado en el fondo de la vagina de una mujer fértil (cuando está ovulando).

La inseminación artificial homóloga (I.A.H.) con semen del marido se da, precisamente, dentro del matrimonio. La inseminación artificial heteróloga (I.A.D.) se da dentro del matrimonio pero con semen de un tercero. La inseminación artificial post mortem es el supuesto de la concepción de un hijo mediante inseminación homóloga que sea practicada después del fallecimiento del marido.

La fertilización in vitro, consiste en la extracción de un óvulo del ovario de la mujer que será inseminada y el cual se fertilizará fuera de su cuerpo.

Existen cuatro métodos de fertilización in vitro.

Existen también variaciones de la fertilización in vitro: transferencia intratubárica de gametos (GIFT) y lavado embrionario o uterino.

Otra forma de inseminación artificial es la del útero subrogado conocido también como la madre sustituta, suplente o madre subrogada y es el alquiler de las funciones reproductivas de una mujer.

Delito es el acto u omisión sancionado por la ley penal, se clasifica en delitos de acción, delitos de omisión y delitos de comisión por omisión y consisten siempre en manifestaciones de la conducta del ser humano, ya sean movimientos positivos o abstenciones que den por resultado incurrir en delito. El delito es una conducta típica, antijurídica, culpable y punible. Ésta interpretación del delito se tenía hasta 1993 ya que a partir de las reformas de septiembre de 1993, y de enero de 1994 cambió radicalmente aunque en marzo de 1998 se volvió a esa interpretación. El concepto tradicional del delito es el de "conducta típica, antijurídica y culpable". Este concepto se debe a la corriente causalista.

Para la corriente finalista también el delito se entiende como la conducta típica, antijurídica y culpable, pero su diferencia (con la corriente causalista) estriba en la apreciación que se da a cada uno de esos elementos. México adoptó el finalismo de septiembre de 1993 hasta marzo de 1998. una característica fundamental del finalismo es

que en lugar de emplear "cuerpo del delito" emplea "elementos del tipo".

La averiguación previa es definida por diversos autores, siempre teniendo como elementos característicos los siguientes: el Ministerio Público realiza diligencias encaminadas a comprobar elementos del cuerpo del delito y probable responsabilidad del inculpado. Tiene como requisitos de procedibilidad la denuncia, la acusación y la querrela.

El Ministerio Público puede realizar las siguientes diligencias básicas: interrogatorio, declaración (de la víctima u ofendido, de testigos, del indiciado), inspección ministerial (en persona, en lugares, en cosas, en efectos y en cadáveres), reconstrucción de hechos, confrontación, razón, constancia, fe ministerial y diligencias relacionadas para, finalmente, llegar a una determinación siendo la fundamental el ejercicio de la acción penal.

La inseminación artificial provoca una serie de problemas, entre ellos, la no aceptación del niño con sus hermanos y la no aceptación o desconocimiento de dicha técnica por parte del marido.

La Ley General de Salud se publicó el 7 de febrero de 1984 en el Diario Oficial de la Federación.

Respecto al consentimiento a que alude el artículo 466 de la Ley General de Salud, proponemos que éste sea expreso plasmado en un documento solemne. En la realidad no existe un marco legal

estructurado. El citado artículo establece tres supuestos en que considera la falta de consentimiento.

Que en el artículo 466 de la citada Ley se integren otras hipótesis en que hay ausencia de consentimiento de quienes intervienen en el proceso de inseminación artificial.

Respecto a la responsabilidad penal, que en la citada Ley se encuadre un artículo sobre la responsabilidad de todos y cada uno de los que intervienen en la inseminación artificial, una sanción económica en beneficio de los sujetos pasivos del delito y, que se finque responsabilidad a la institución en donde se realice el proceso de inseminación artificial.

Creación de un Capítulo en el Código Penal (en el Título Decimonoveno. De Los Delitos Contra La Vida y La Integridad Corporal), en el que se establezca qué personas se hacen acreedoras a una pena por incurrir en el delito de inseminación artificial, cuándo se da éste y la sanción económica a la que se hacen acreedores.