



El delito de tráfico de menores en la
subrogación de vientres

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

JAVIER ALVARADO SOSA

ASESOR: Dr. Raúl Eduardo López Betancourt



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.

A MI UNIVERSIDAD POR DARME
LA OPORTUNIDAD DE DEJAR
UNA PARTE DE MI HISTORIA EN
SUS AULAS.

A MI ASESOR DR. RAUL EDUARDO LOPEZ
BETANCOURT POR SU PARTICULAR
INTERES EN LA DIFUSION DEL
CONOCIMIENTO.

A MI FAMILIA, POR SU APOYO
Y COMPRESION EN MI VIDA
ACADEMICA.

A TODAS LAS PERSONAS
QUE ESTAN CERCA DE MI
DIRECTA E INDIRECTAMENTE

EL DELITO DE TRÁFICO DE MENORES EN LA SUBROGACION DE VIENTRES

Introducción.....1

CAPITULO PRIMERO

GENERALIDADES.....1

1. Concepto jurídico y doctrinario de Derecho Penal y delito1
2. Concepto de filiación.....2
3. Concepto de paternidad y maternidad5
4. El matrimonio y los fines del matrimonio.....9
5. Concepto de subrogación de vientres.....15
6. Consideraciones generales en torno a la biogenética.....34

CAPITULO SEGUNDO

ESTUDIO DOCTRINARIO DEL DELITO DE TRAFICO DE MENORES

1. Clasificación del delito.....44
 - a) Por su gravedad
 - b) Por la forma de conducta
 - c) Por el resultado
 - d) Por el daño que causan

e) Por su duración	
f) Por su estructura	
g) Por la forma de persecución	
h) Por el número de individuos que intervienen en la conducta delictiva	
i) Por su materia	
j) Clasificación legal	
2. Elementos del delito de tráfico de menores.....	50
a) Conducta	
b) Tipicidad	
c) Antijuricidad	
d) Culpabilidad	
3 - La punibilidad, su ausencia, autoría y participación.....	77

CAPITULO TERCERO

La subrogación de vientres en el derecho comparado

y su tratamiento.....	81
1. En países Europeos.....	82
2. En países de América Latina.....	84

CAPITULO CUARTO

Laguna legal en el desarrollo biogenético.....	88
1. Avance de la biogenética y filiación para el establecimiento del vínculo consanguíneo establecido entre los padres genéticos y la madre subrogada.....	88
2. Factibilidad de la penalización de la subrogación de vientres con un fin lucrativo y consecuente despenalización en esta hipótesis por el avance científico y por la necesidad de la madre estéril a procrear, para de este modo asegurar la continuidad de su familia.....	93
3. Proyecto de adición al Código Penal Vigente..	97
Conclusiones.....	99
Bibliografía.	

INTRODUCCION

Es de suma importancia la actualización del delito de tráfico de menores previsto por el artículo 366-ter del Código Penal Vigente para el Distrito Federal, en el sentido de considerar el avance tecnológico que enfrenta el mundo y con ello técnicas científicas que hasta hace diez años no eran conocidas o bien no eran aplicadas de manera cotidiana, hoy en día nos encontramos con algunos aspectos discordantes con este precepto.

Es así como conocemos que es posible la procreación de un hijo genéticamente propio pero en un vientre ajeno al de la madre y por supuesto engendrado por una vía no natural, es decir, por medio de una técnica de reproducción científicamente asistida.

La madre que "presta su vientre" se le denomina madre "subrogada", es decir es una "forma de transmisión de la maternidad a una tercera persona".

Se podría considerar como una inmoralidad toda vez que una pareja determinada, por causa de esterilidad o imposibilidad de la mujer a engendrar en su vientre a su propio hijo acuda a solicitar que una tercera persona lo gestie en su seno materno hasta su nacimiento, más sin embargo debe ser lícito en todos los aspectos en el sentido principal que gracias a el avance técnico y científico en materia de biogenética es posible llevar a un feliz término el

principio jurídico de uno de los " fines del matrimonio " que es la procreación y con ello la prole familiar.

La problemática reside en que en términos de delito de tráfico de menores, la pareja cuyos gametos hijo o hija son genéticamente de su estirpe, llegado el momento del alumbramiento en el vientre "subrogado" . esta última "la que da a luz al hijo de la pareja estéril" les haga entrega del menor nacido vivo y viable, ubicándose en la hipótesis delictiva o bien creando una auténtica confusión por falta de previsión legislativa, toda vez que el citado precepto penal indica "al que con el consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quién tenga a su cargo la custodia de un menor, aunque esta no haya sido declarada, ilegítimamente lo entrega a un tercero para su custodia definitiva a cambio de un beneficio económico, se le aplicará pena de prisión de dos a nueve años y de doscientos a quinientos días de multa".

La misma pena a que se refiere el párrafo anterior se aplicará a los que otorguen el consentimiento que alude este numeral y al tercero que reciba al menor.

Si la entrega definitiva del menor se hace sin la finalidad de obtener un beneficio económico la pena aplicable será de uno a tres años de prisión.

Si se acredita que quién recibió al menor fue para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación la pena se reducirá hasta la cuarta parte de la prevista en el párrafo anterior.

Cuando en la comisión del delito no existe el consentimiento a que se refiere el párrafo primero la pena se aumentará hasta el doble de la prevista en aquel.

Además de las sanciones señaladas, se privará de los derechos de patria potestad, tutela o custodia, en su caso, a quienes teniendo el ejercicio de estos, cometen el delito a que se refiere el presente artículo"

En relación a la maternidad hasta hace muy poco tiempo resultaba imposible que la mujer que da a luz no fuera quién aportara el material genético, ya que no era científicamente posible extraer y transferir óvulos de una mujer al vientre de otra, o de fecundarlos in vitro y colocarlos después en útero ajeno, toda vez que, esta era tecnológica biológica es de tiempo muy reciente.

Ahora las disposiciones penales han de considerar estos adelantos haciendo una excepción al principio jurídico de *mater semper certa est* que significa que la madre siempre es cierta.

Si consideramos la hipótesis de que una pareja estéril y con el ánimo de tener un hijo propio el cual consolide a su familia, transfiere el cigoto (fusión de genes masculino y femenino) a una tercera persona (madre sustituta o subrogada) y esta con una intención altruista, después de todas las incomodidades físicas, económicas y emocionales al hacer entrega del menor, se les acusara como delincuentes (a todos los sujetos activos participantes en la inseminación artificial). Sería incongruente a el principio general de derecho

de seguridad y certidumbre jurídica si no avanzara la legislación penal a la par con el avance biogenético, estableciendo la excepción correspondiente al tipo penal de tráfico de menores, toda vez que no existe una auténtica transgresión al bien jurídico tutelado del derecho de filiación, patria potestad y libertad humana. También es de hacer notar que no es justificable considerar como delincuentes a personas como la pareja estéril, la madre subrogada y el médico tratante como sujetos activos del ilícito penal, ya que se estaría sancionando a una madre sustituta altruista, a una madre genética que patológicamente no pudo gestar a un hijo de su esposo y de ella, en su propio cuerpo, pero que tienen ambos (la pareja estéril) la ilusión de completar a su familia con un hijo propio; y al médico tratante que conlleva a este feliz término del nacimiento de un niño propio de la pareja estéril.

Como si no fuera suficiente lo anteriormente mencionado, los efectos jurídicos que conlleva a la tipificación de esta hipótesis, son los de la pérdida de la patria potestad y la pérdida de la filiación del menor provocando también la pérdida inevitable de los derechos inherentes al menor, como son los alimentos, herencia y sobre todo privándolo del amor consanguíneo de sus verdaderos padres.

CAPITULO PRIMERO



GENERALIDADES

CAPITULO PRIMERO

Generalidades.

1.- Concepto jurídico y doctrinario de Derecho Penal y Delito.

“El derecho penal en su intento por salvaguardar al hombre en su integridad y familia principalmente, así como en sus propiedades, posesiones y derechos, constituye la esencia del orden jurídico existente en la humanidad. Para lograrlo identifica a través de la punición de acciones aquellas que son perniciosas para la colectividad imponiendo a los autores de los hechos criminosos penas privativas de libertad y pecuniarias, con el propósito de resguardar los principios universales de bienestar, bondad, equidad y poder (1)

El derecho penal según Castellanos Tena es “ la rama del Derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objetivo inmediato la creación y la conservación del orden social” (2)

(1) LOPEZ Betancourt Eduardo, *Delitos en Particular, T I* 3ª. Edición. Editorial Porrúa, México, 1998, pag. IX

(2) CASTELLANOS Tena , Fernando. “Lineamientos elementales de derecho penal. Editorial Porrúa S.A. .23ª. Edic. México 1986. Pag.19.

El delito puede definirse legalmente conforme al Código Penal para el Distrito Federal en su artículo séptimo como “el acto u omisión que sancionan las leyes penales.” o bien en la doctrina se le ha definido por el maestro Francisco Carrara como “ la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso.” (3)

Para Maurach el delito es una acción típicamente antijurídica, atribuible; para Beling es la acción típica, antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad; Max Ernesto Mayer define el delito como un acontecimiento típico, antijurídico e imputable; Edmundo Mezger afirma que el delito es una acción típicamente antijurídica y culpable; para Jiménez de Azúa es un acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal” (4)

2.- Concepto de filiación.

La filiación proviene del latín *filius* que significa “hijo” esto es “la

(3) Ob. Cit. CASTELLANOS Tena. Pag. 125

(4) LOPEZ Betancourt Eduardo. *Teoría del Delito*. 7ª. Edición. Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 65

procedencia que tienen los hijos con respecto a los padres” (5), de tal modo que según el maestro Rafael de Pina Vara la filiación en derecho puede entenderse como “la relación de parentesco existente entre la prole y sus progenitores”.(6)

Pero “desde un punto de vista natural y biológico, todos los individuos son hijos de una madre y un padre, pero su filiación se determina según sean las circunstancias legales de la unión de los mismos. Según Demolombe la filiación es el estado de una persona considerada como hijo, en sus relaciones con su padre o con su madre. Por su parte Planiol y Ripert dicen que la filiación es la relación de dependencia que existen entre dos personas en virtud de la cual la una es la madre o es el padre de la otra.

Prayones condena ambos conceptos diciendo que la filiación es la relación natural de descendencia entre varias personas, de las cuales unas engendran y otras son engendradas, pero en el sentido más limitado se entiende por filiación la relación existente entre dos personas de las cuales uno es el padre o madre de la otra.” (7)

(5) REAL Academia Española. “Diccionario de la lengua Española”. Publicaciones Herrerias S.A. México D.F. 1941. Pag 598.

(6) PINA Vara, Rafael de. “Diccionario de derecho” 14ª edición. Edit. Porrúa. México 1986, pag. 273

(7) Enciclopedia jurídica Ormeba. Tomo XII, p. 209 y 210

En tanto que el Código Civil vigente para el Distrito Federal no nos hace mención expresa del concepto en cuestión , más sin embargo lo deduce al mencionar en su título séptimo “ De la Filiación”, donde hace mención principalmente en su artículo 340 “La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento” y art. Artículo 360 “ La filiación también se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que así lo declare”.

Por lo tanto, en base a las consideraciones anteriores podemos definir a la filiación como *la relación jurídica de los derechos de parentesco que se establecen entre los hijos con respecto a los padres.*

Existen dos orígenes de la filiación las cuales son por naturaleza o por adopción, esto es, el vínculo jurídico del parentesco de los hijos con respecto de los padres por naturaleza puede tener su origen en el matrimonio o fuera de matrimonio, donde siempre tendrán un lazo biológicamente consanguíneo entre padres e hijos; vínculo que no se da en la figura jurídica de la adopción ya que no existe lazo sanguíneo alguno entre adoptado y adoptante.(8)

(8) Código Civil de la República Argentina y Legislación complementaria. 32a. Edición. Editorial Albeledo-Perrot. Buenos Aires. 1993. pag. 74.

3.- Concepto de paternidad y maternidad.

La paternidad proviene del latín *paternitas* que significa "calidad de padre", y que este a su vez deviene del latín *pater* que significa en su tercera acepción "varón o macho respecto de sus hijos". (9); ya en nuestra legislación civil nos indica que la paternidad se establece por mera presunción legal cuando son hijos de matrimonio o bien en caso contrario por el reconocimiento legal hecho por el padre. "La esencia original de la filiación, es el vínculo biológico a través del cual nos identificamos con nuestros descendientes".(10)

En lo que toca a la maternidad proviene del latín *mater* que significa "hembra respecto de su hijo o hijos" (11). La doctrina jurídica establece que la madre es siempre cierta, -ya que- cuando la mujer da a luz, el hecho biológico garantiza una realidad incontrastable y asegura que el niño es fruto de ese vientre y no de otro. La determinación de la maternidad se da mediante la prueba del nacimiento y la identidad del nacido"(12)

Ya nuestro Código Civil vigente ratifica esta concepción estableciendo en su artículo 60 segundo párrafo "

(9) REAL Academia Española. "Diccionario de la lengua Española". Publicaciones Herreras S.A. México D.F 1941. Pag. 626

(10) SOTO La Madrid Miguel Angel. *Biogenética, Filiación y Delito*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 46.

(11) REAL Academia Española. Ob. Cit. Pag.797

(12) Royarte, Dolores y Adriana E. Rotonda. "Procreación humana artificial: un desafío bioético" Editorial. De Palma. Buenos Aires 1995. Pag. 259.

La madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo. Tiene obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo.....”

La maternidad se determina presuntivamente mediante el parto y, una vez establecida, se recurre a la época de la concepción para suponer la paternidad del marido 1) los nacidos dentro del matrimonio y 2) los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este termino se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial (art. 324 del Código Civil vigente).

“Contra esta presunción se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer” (art. 325 del Código Civil vigente) (13).

(13) SOTO La Madrid Miguel Angel *Biogenética Filiación y Delito* Editorial Astres, Buenos Aires 1990, p. 47 y 48

El vínculo paterno-filial constituye un estado civil basado principalmente en el nexo de reproducción biológica y excepcionalmente , en el vínculo consensual de la adopción por lo que toca exclusivamente al estado de familia, basado en la conexión genética, el acta de nacimiento, constata, en realidad , la asunción expresa o tácita de la maternidad o paternidad , o transcribe, en su caso, la declaración judicial que impone u otorga a una persona el vínculo de referencia (14) .

Según los medios de prueba que se admitan , para la impugnación de la paternidad matrimonial se pueden delinear fundamentalmente dos sistemas: el abierto, que permite al marido probar la inexistencia del nexo biológico, sin limitarlo a ciertos supuestos predeterminados y el cerrado, que fija ciertos presupuestos de la acción que si resultan acreditados, permiten al juez considerar probado el vínculo biológico, y a falta de los cuales no pueden intentarse la prueba de este fenómeno (15)

Ahora contrastando con los adelantos en la ciencia moderna en materia de trasplantes de gametos y cigotos o bien la fecundación in vitro y su colocación posterior en un útero de una tercera persona el concepto

(14) Idem. Pag. 58

(15) Idem. Pag. 61

clásico de filiación materna debe ir a la par con las modalidades de hechos que se presentan hoy día . por lo que en la actualidad en algunas ocasiones a modo de excepción a la regla , la madre no lo es siempre aquella que da a luz a un niño o niña.

A lo anteriormente mencionado, se puede establecer la interpretación jurisprudencial que establece una nueva visión en el estudio y aplicación de la filiación lo que consecuentemente se aplica al ámbito penal, en el delito en estudio de tráfico de menores , por la novedosa creación de la inseminación artificial, y más concretamente de la fecundación in vitro heteróloga.

"Cuando se reclama el reconocimiento de la paternidad de un menor, así como de sus consecuencias inherentes, la pericial en materia de genética es la prueba idónea para demostrarla , previo análisis de las muestras de sangre correspondientes con el propósito de esclarecer jurídicamente el problema planteado, máxime si fue previa y debidamente cumplida Consecuentemente si la madre no compareció con el menor al desahogo de dicha probanza, el juzgador debió ordenar el correcto desahogo del medio probatorio ofrecido dictándose las medidas de apremio pertinentes para hacer cumplir sus determinaciones , y al no haber actuado así , su comportamiento constituye una violación a procedimiento que dejó en

estado de indefensión al oferente de la prueba, pues una vez desahogada debidamente , permitir al juez decidir justamente, al contar con los elementos esenciales y convincentes indispensables para dirimir la litis planteada, ya que la pericial es la prueba científica y biológicamente idónea para tener o no por cierta y corroborada la filiación , esto es, la paternidad (16).

4.- El matrimonio y los fines del matrimonio.

Matrimonio tiene su raíz etimológica del latín *matris y monium* que se conjugan para otorgar una acepción referida a una carga o gravamen materno.

Sostiene con razón Borda, que todo el derecho de Familia se estructura en torno a dos hechos fundamentales, propios de la naturaleza: el ayuntamiento de la pareja y la procreación. Zannoni expresa, que la familia se capta en la Constitución de obligaciones cuya base biológica –unión sexual y procreación- son objetos de reconocimiento sexual , valoración ética e integración en el sistema de cultura (17)

(16) Amparo Directo 1135/ 97. Carlos Alberto Avila Gil. 27 de Mayo de 1998 . Unanimidad de votos . Segundo Tribunal Colegiado en materia Civil del segundo circuito.

(17) MENDEZ Acosta Ma. Josefa y Hugo de Antolín Daniel. *Dcho de Familia T. I* Editorial Rubinzal-Culzoni , Santa Fe, Argentina , 1994.

En la doctrina el matrimonio “ es la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos y para con sus hijos, determinados por la propia ley” (18).

El amor generalmente es la causa, el origen del matrimonio y estimo que, al convertirse en amor conyugal, se convierte en uno de sus fines. (19)

“La familia es el más natural y más antiguo de los núcleos sociales... la verdadera célula de la sociedad, base y piedra angular del ordenamiento social, no solo porque constituye un grupo natural e irreductible que tiene por especial misión la de asegurar la reproducción e integración de la humanidad a través de las generaciones (20)

Partiendo de lo que tradicionalmente se ha considerado como fines del matrimonio y que son: la procreación y la ayuda mutua.(21)

(18) MONTERO, Duhalit Sara *Derecho de Familia* 5ª. Edición. Editorial Porrúa, México , 1992, p.ág. 97

(19) CHAVEZ Ascencio Manuel F *La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares.* 4ª Edición. Editorial Porrúa México,1997. P 1

(20) Op. Cit. CHAVEZ Ascencio Manuel F. Pág. 17

(21) Op. Cit. CHAVEZ Ascencio Manuel F. Pag. 22

Definir el matrimonio como un contrato legítimo entre varón y mujer, cuyo objeto es el derecho perpetuo y exclusivo sobre los cuerpos, que ambos contrayentes se otorgan recíprocamente en orden a la procreación; contrato que tratándose de cristianos constituye a la vez un sacramento. (22)

El fundamento del matrimonio es la unión de los sexos para procrear hijos que deben de ser educados en el seno de una sociedad estable. (23)

El Código Civil vigente para el Estado de México en su artículo 131 establece que " el matrimonio es la unión legítima de un solo hombre y una sola mujer, para procurar la procreación de los hijos y ayudarse mutuamente"

A modo de antecedente mencionaremos que en el antiguo Testamento se reconoce la inclinación natural del ser humano a relacionarse con otros seres humanos y a trascender a través de la procreación, de esto se desprenden dos principios: el hombre y la mujer fueron creados para ayudarse mutuamente y para asegurar la perpetuación de la especie.

(22) ENCICLOPEDIA Jurídica Omeba. Tomo XIX MATR Editorial Bibliográfica Argentina 1974, p.203.

(23) Op Cit Omeba. Pág 203

Los relatos del antiguo testamento así lo confirman: los hombres repudiaban a las mujeres estériles para unirse a otras que garantizaran su descendencia, o bien las propias mujeres les proporcionaban a los maridos esclavas o concubinas para ese mismo fin cuando ellas no podían engendrar. Lo importante de la unión de un hombre y una mujer era, pues, garantizar la prole para la gloria de Dios. (24)

Por otro lado entre los fines del matrimonio según el Derecho Canónico bajo el Canon 1013, prefacio 1, "la procreación y la educación de la prole es el fin primario del matrimonio; la ayuda mutua y el remedio a la concupiscencia es su fin secundario.

El fin primario comprende la generación lato sensu, esto es, física y espiritual, y por ende se desdobra en dos aspectos: procrear la prole y educarla. Ambas vertientes del fin primario se funden en la naturaleza misma: la procreación indispensable para la perduración y desarrollo del género humano, requiere la ordenada unión de los sexos propia del matrimonio: por lo demás no se trata de engendrar tan solo al mero nivel biológico, sino engendrar personas, y esto supone una prolongada empresa

(24) PEREZ Duarte Alicia *Derecho de Familia* . Editorial Fondo de Cultura Económica , México 1994, pág. 57

de educación que justamente incumbe a la familia. Pero, claro está, que de los dos aspectos, el segundo (educación) depende del primero (procreación) de suerte que, sin negar el carácter primario de ambos, el de la procreación resulta más urgente, como se verifica en los cánones 1082 y 1086.

La “ayuda mutua” esto es, la comunidad de vida entre los consortes con los correlativos deberes de amor, respeto, asistencia, cohabitación: y el remedio de concupiscencia. Estos son también auténticos fines objetivos del matrimonio, pero no indispensables para constituirlo sino tan solo integrantes, de modo que podrían faltar sin mengua de la validez del enlace.

No estuvieran en condiciones de cumplir los fines primarios (por ejemplo las personas estériles): en tales casos los fines secundarios bastan, especialmente la ayuda mutua, que es lo que sucede por lo común en los casamientos entre personas de edad avanzada. (25)

Los bienes del matrimonio se relaciona con el tema de los fines y propiedades nupciales, la famosa enunciación agustiniana de los tres “bienes del matrimonio”: prole, fidelidad, sacramento (Proles, fides, sacramentum), “El bien de la prole” estriba en engendrar y educar los hijos,

(25) Op. Cit. ENCICLOPEDIA Jurídica Omeba. Tomo XIX MATR Pag. 206 y 207

conectándose así pues con el fin primario del matrimonio; el “bien de la fidelidad” se corresponde con unidad conyugal; y “el bien del sacramento” se entendía por San Agustín con referencia a la indisolubilidad de las nupcias. (26)

El destino extraordinario del matrimonio es engendrar algo fuera de sí mismo, por que es una comunidad de amor igual que la Trinidad.

La continuidad temporal de los padres en sus hijos es, pues, el símbolo carnal de la continuidad eterna de Dios. Esto no significa que las personas se casen para tener hijos, los tienen porque están realmente enamoradas. El hijo es la expresión física de esta imagen Divina del Amor. El hijo es también signo y esperanza de la libertad humana , porque es un nuevo ser que se incorpora al mundo. (27)

En el Código Civil para el Distrito Federal establece en su artículo 162 “ Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente....” , y también en su artículo 147 establece que cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges se tendrá por no puesta.

(26) Op. Cit. ENCICLOPEDIA Jurídica Omeba. Tomo XIX Pág. 208.

(27) FULTON Sheen *Casados ante Dios* Editores Emecé. 5ª. Impresión , Buenos Aires Argentina , 1981 , p. 192

El Código Civil de Yucatán en su artículo 55 define al matrimonio como “una institución jurídica dirigida a organizar la reproducción humana en el sentido de lograr generaciones física e intelectualmente capacitadas para la convivencia”.

Podemos después de lo anteriormente mencionado desprender la importancia que tienen los hijos para la formación de una familia.

5.- Concepto de subrogación de vientres.

La realización de las prácticas de inseminación artificial es posterior a la mayoría de los códigos vigentes, y en general no han sido objeto de previsión legislativa, sin embargo tiene honda repercusión sobre las instituciones más substanciales del Derecho de Familia como son particularmente las relaciones personales entre los cónyuges y en las relaciones paterno-filiales. (28)

Las técnicas de reproducción asistida, particularmente denominada fecundación “in vitro”, es aquella técnica terapéuticamente aconsejable para la mujer que, produciendo óvulos en forma normal y en posesión de un útero apto para la gestación, no obtiene un embarazo debido a problemas de cualquier índole en sus trompas de falopio, lo que impide que el óvulo fecundado llegue al útero.

(28) ENCICLOPEDIA Jurídica Omeba. Tomo XII – Fami- Fede, Editorial Bibliográfica Argentina. 1974, pág. 74

En estos casos, mediante un procedimiento médico llamado laparoscopia o ecografía vaginal se obtienen varios óvulos de la mujer tratada, se les coloca con espermatozoides en un medio de cultivo a 37°C durante 12 o 18 horas, esperando que la fecundación tenga lugar. Una vez lograda se aguarda el momento propicio y se transfieren los preembriones al útero de la mujer esta transferencia tiene lugar a las 48 o 72 horas después mediante un catéter transcervical; siendo detectable el embarazo dos semanas después.(29)

La inseminación artificial consiste en la intervención médica para depositar el semen en la vagina, en el cuello uterino o en el interior de la cavidad del útero o matriz, pero no logra resultado alguno en los casos de esterilidad femenina debida a problemas insolubles en las trompas de falopio, de esterilidad masculina secundaria por reducción del número de espermatozoides, de esterilidades de origen inmunológico y finalmente, en los casos de esterilidades sin diagnóstico. (30)

Se denomina infertilidad a la capacidad de procrear que puede no ser definitiva. La esterilidad tiene un carácter más absoluto. Se define la

(29) MARTINEZ Stella Maris *Manipulación Genética y Derecho Penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina 1994, pág. 39 y 40

(30) Op. Cit. Martínez Stella, *Mans*, pág. 40

esterilidad como la incapacidad de concebir después de un año o dos de intentarlo (31)

En las mujeres, una de las causas frecuentes de infertilidad puede ser el bloqueo tubárico, que impide el paso del óvulo desde la trompa hacia el útero si las trompas están totalmente bloqueadas. Si lo están parcialmente, pueden impedir la bajada del óvulo pero no la subida de los espermatozoides, muchísimo más pequeños, en cuyo caso podría producirse un embarazo ectópico (fuera del útero) en la trompa.

El bloqueo puede ser tubárico y también de los ovarios, que no pueden desprender los óvulos durante la ovulación. El origen de los bloqueos pueden ser las infecciones provocadas por el uso del DIU; las mujeres portadoras del DIU corren nueve veces más riesgo de contraer una enfermedad infecciosa pélvica que las mujeres que no lo utilizan.

Las enfermedades de transmisión sexual no tratadas o mal tratadas, como la gonorrea, sífilis y clamidia, también son responsables de bloqueos tubáricos. LA clamidia está considerada como un grave factor de riesgo, especialmente porque puede ser asintomática y no se detecta con las citologías sino con pruebas especiales. La tuberculosis es también causa de infertilidad, la ligadura de trompas también es causa de infertilidad.

(31) TABOADA, Leonor *La Maternidad Tecnológica de la Inseminación Artificial a la Fertilización In Vitro* Editorial Icaria, Barcelona, España, 1986, pág. 22

La cirugía abdominal poco cuidadosa, peritonitis, apendicitis, u aborto mai hecho o la extirpación de quistes de ovarios, pueden provocar infecciones postoperatorias evitables o extracción de órganos viables por adherencias fibrosas con bloqueo tubárico u ovarios dañados. También la endometriosis, en algunos casos extremos, puede provocar adherencias o cicatrices alrededor de las trompas. (32)

Los tumores de útero y las lesiones de cuello de útero también puede ser causa de esterilidad.

Los trastornos endocrinológicos (hormonales) , al provocar fallos en la ovulación, ciclos menstruales irregulares, fallos del endometrio para sotener la implantación. Constituye una de las causas más comunes de infertilidad femenina, otra causa es el uso creciente de píldoras anticonceptivas.

Los problemas pueden estar en la estructura del útero, o del cuello del útero, ya sea de nacimiento o por exposición de algunos medicamentos hormonales como el DES (dietiletilbestrol).

Tanto algunos medicamentos, como el alcohol y el tabaco, el exceso de peso o la delgadez extrema, los ejercicios físicos en exceso, la mala alimentación y los tóxicos industriales son factores de esterilidad. (33)

(32) Op. Cit. TABOADA , Leonor , pág. 23

(33) Op. Cit. TABOADA Leonor . pág.24

Esterilidad ideopática: se trata de aquella esterilidad de origen desconocido que se presenta sin ninguna causa aparente puesto que ni el hombre ni la mujer muestran inaptitud para el embarazo aunque éste no se produzca. El factor psicológico tiene, en estos casos, un valor relevante; muchas mujeres se han quedado embarazadas después de haber adoptado un hijo.

Edad: Se supone el declive paulatino de la fertilidad de las mujeres a partir de cierta edad, comprendida entre los 30 y 35 años.

En los hombres, la infertilidad puede tener su origen en diversas causas: imposibilidad de practicar el coito por causa hormonales, psíquicas o minusvalidas; problemas en la producción y maduración de espermatozoides, trastornos hormonales de la hipófisis y/o testículos, tumores testiculares o tratamientos para curarlos, varices en el escroto, agentes químicos tales como medicamentos, alcohol o toxinas.

También pueden presentar problemas relacionados con la movilidad y motilidad de los espermatozoides, como el producido por las infecciones, por escasa cantidad de semen (oligospermia), semen nulo (azoospermia), semen defectuoso, inmadurez de los espermatozoides o anomalías morfológicas de los mismos.

Las infecciones y enfermedades de transmisión sexual no tratadas pueden afectar al conducto por el que viaja el esperma.

A veces, los factores son mixtos, como ocurre en la esterilidad de causa inmunológica, donde alguno de los dos miembros de la pareja puede tener anticuerpos capaces de destruir la acción de los espermatozoides inmovilizándolos.

El medio ambiente y lugares de trabajo peligroso, como los bioácidos que, a través de la polución ambiental penetran en los ovarios y el líquido que rodea los óvulos humanos. Cuando esta concentración pasa de determinado nivel no es posible que se produzca un embarazo, ni natural, ni in vitro. (34)

Diagnóstico de la infertilidad: las primeras pruebas a realizar debería ser la del análisis del semen o seminograma, antes de entrar en pruebas más desagradables para las mujeres.

Temperatura basal: Se utiliza para detectar la ovulación, la mujer se toma la temperatura cada mañana antes de levantarse por la misma vía durante dos o tres meses y hasta seis si son muy irregulares

(34) Op. Cit. TABOADA Leonor, pág. 25

Las variaciones de temperatura demostrarán si se ha producido la ovulación, puesto que la aparición de progesterona es el ciclo, la hormona que “dispara” la ovulación, entre otros efectos aumenta la temperatura basal en algunas décimas.

Test poscoital: Se analiza una muestra de flujo poco después del coito, la prueba demuestra la capacidad del esperma para atravesar el moco cervical y sobrevivir.

Insuflación tubárica: Se introduce un gas a través del orificio del cuello del útero. Si el gas, dióxido de carbono, pasa a través de las trompas, podrá ser oído por medio de un estetoscopio en la cavidad abdominal. Esta prueba demuestra la existencia de un bloqueo, pero no su localización en una u otra trompa. (35)

Histerosalpingografía: Permite la visualización directa de las trompas. Consiste en inyectar un contraste inofensivo que se ve a través del cuello del útero y debe pasar a través del útero y las trompas hasta la cavidad abdominal. Durante este proceso se toma una serie de radiografías.

(35) Op. Cit. TABOADA Leonor pág. 27

El contraste pasa por la cavidad circundante y el cuerpo lo reabsorbe. Si el contraste pasa muy rápido puede producir espasmos reflejos. Para evitar dañar el óvulo por medio de los rayos X, la histerosaipingografía debe realizarse antes de la ovulación. Resuelve bloqueos menores.

Análisis de sangre: Para determinar los niveles de estrógeno, progesterona y prolactina en sangre. Cuando el ciclo es regular puede bastar con tres análisis en 28 días. Si es irregular o no existe, más.

Análisis de orina: Sirve para determinar si los niveles hormonales son correctos y si se ha producido la ovulación. Las muestras de orina deben de recogerse durante 24 horas.

Análisis bioquímicos: Cuando no hay ovulaciones, puede ser necesario controlar las alteraciones hormonales; Se toman muestras de fluidos para detectar la presencia, ausencia o equilibrio hormonal en distintas fases del ciclo.

Biopsia de endometrio: Se utiliza para conocer la calidad de la ovulación y la receptividad del endometrio para la implantación del embrión.

Se dilata del cuello del útero y se introduce un instrumento que recogerá una muestra de tejido para su análisis posterior.

Laparoscopia: Se trata de una operación que requiere anestesia general. Se realiza mediante una incisión debajo del ombligo, insertándole un tubo en la cavidad abdominal en la que se introduce un gas dióxido de carbono. Este permite la inserción de un laparoscopio, telescopio de fibra óptica largo y fino, que permite ver el estado de diversos órganos. A través del cuello del útero inyecta un tinte azul que, si las trompas no están bloqueadas, se verá pasar a través de las mismas.

Seminografía: Se recoge una muestra de semen para su análisis bajo el microscopio, se analiza la cantidad, la capacidad de movimiento y la normalidad de formas y tamaños de los espermatozoides. Por lo menos el 60% de los mismos debe ser normal. Se considera que 20 millones es una cantidad suficiente, como el volumen de espermas suele variar se debe de hacer más de una lectura.

Biopsia de testículos: Se extrae una pequeña muestra de tejido de cada testículo, bajo anestesia general. La muestra revelará si se ha producido, o no, esperma normal.

Vasografía: Método para detectar bloqueos de los conductos deferentes, porque los espermatozoides van desde los testículos hasta el exterior. Bajo anestesia general se introduce un fluido por los conductos deferentes controlando su paso por rayos X. Solo se realiza si la biopsia de testículos muestra que se produce un espermatozoides normal pero el análisis de semen demuestra que éste no llega al pene. (36)

La inseminación artificial 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). Puede ser homóloga (con semen de la pareja) o heteróloga (con semen de donante)

Se aconseja practicar tres inseminaciones; una inmediatamente antes de la ovulación, otra durante y la tercera inmediatamente después, con objeto de maximizar las posibilidades de éxito. (37)

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.

(36) Ob Cit. TABOADA Leonor , pág. 29

(37) Ob Cit. TABOADA Leonor, pág. 33

Fertilización in vitro y transferencia de embriones (FIV y TE): en este caso, la unión del óvulo y el espermatozoide para formar un embrión humano.

Se realiza fuera del cuerpo de la mujer, en un recipiente donde se le 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 o los embriones pueden implantarse o no, si lo consiguen y no se produce un aborto o un embarazo ectópico unos meses después se produce el nacimiento de un hijo o hija de la ciencia. El nacimiento suele ser por cesárea y muchas veces múltiple.

FIV, el programa: La medicación.- Cuando una mujer inicia un programa de fecundación in vitro tendrá que registrar las fechas de las últimas seis reglas. Si su caso es aceptado, será sometida a algún tipo de medicación hormonal (hiperestimulación ovárica)

Las hormonas más utilizadas para inducir la ovulación son el citrato de clomifeno, este antiestrógeno actúa sobre el hipotálamo (una glándula del

cerebro) favoreciendo la producción de FSH y LH (hormona Leuteinizante), hormonas estimulantes del folículo, para que esta a su vez estimulen al ovario a liberar óvulos. También se utiliza la HMG (Gonadotropina humana de la menopausia), la HGC (Gonadotropina Corionica Humana), que se extrae de la orina de las mujeres embarazadas, en el hombre fomenta la producción de testosterona y en la mujer la producción de estrógenos y particularmente de progesterona después de la ovulación.

La Bromocriptina: de utilidad para aquellas pocas mujeres cuya pituitaria produce niveles elevados de proláctina, que impide la producción de gonadotropinas.

Monitorización: Tanto para seguir el desarrollo y la maduración de los óvulos como para evitar una hiperestimulación grave.

Análisis de sangre: permite medir la producción de estradiol (estrógenos).

Análisis de orina: Permite medir la producción de LH.

Ecografías. 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. La valoración de todas estas pruebas permite prever el momento en que es necesario intervenir a la mujer para extraerle los ovocitos (óvulos inmaduros).

Recuperación de óvulos: Ingreso a la clínica.- En caso de que no exista ovulación, ña mujer ingresa al quirófano para realizarle una laparoscopia o una punción ecográfica. La laparoscopia consiste en que 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 se encuentran los ovocitos que, una vez extraídos se colocan en una incubadora, en un medio nutritivo que les permita acabar de madurar.

La punción ecográfica se trata de una sonda ecográfica con una guía de aguja para puncionar los folículos. La operación se observa en pantalla ecográfica. Una vez localizados los folículos por la guía, se procede a "disparar" la aguja justo en el centro de los mismos

Muestra de semen: Se obtiene una vez realizada la recuperación de óvulos, por masturbación, con guantes, en un recipiente estéril. Si el hombre no puede eyacular en esas condiciones se aconseja congelar el semen al menos una semana antes, o podría utilizarse semen congelado del donante.

Fecundación: La muestra del semen se "capacita" sometiendo 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 cuatro células y ocho a las 72 horas) es transferido al útero de la madre.

Transferencia de embriones: La transferencia al útero se hace en un catéter (tubito) que contiene los embriones vía la vagina y el cuello del útero. La mujer permanece en reposo durante 12 o 24 horas. El número óptimo de embriones transferidos para tener mayores posibilidades de implantación parece ser de tres.

El día 14 la mujer vuelve a su casa a pasar otros 14 días donde no puede hacer esfuerzos ni mantener relaciones sexuales y esperar a no tener menstruación, si esta no se ha producido, comenzarán los controles de posible embarazo, si no hay embarazo, deberá esperar tres meses para

repetir el ciclo, Si lo hay, se confirmará con una ecografía , que indicará también el número de embriones impiantados.

Cesárea: La mayoría de partos de embarazos por FIV se hace por cesárea, que es un corte en la pared abdominal, cerca del pubis, se corta horizontalmente el músculo uterino para extraer al bebé.

Partos prematuros y peligro de malformaciones, son los resultados de las manipulaciones a los que son expuestos los gametos in vitro, especialmente durante los procesos de capacitación.

Variaciones de la FIV, TIG (transferencia Intratubárica de Gametos) llamada también GIFT (regalo en inglés) esta 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 Fecundación in vitro, 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 .Esta técnica tiene la ventaja de que la fecundación se produce dentro de la trompa, en su medio natural y evita la manipulación de los embriones

Lavado embrionario o uterino: En 1983, se realizó la primera transferencia de embrión del útero de una mujer contratada, al útero de una mujer contratante, el procedimiento implica los siguientes pasos:

1. Sincronización de las ovulaciones de la donante y la receptora por medio de hormonas.
2. Una vez que se calcula que ambas ovulan, se extraen los ovocitos por laparoscopia y se inseminan con espermatozoides del marido de la mujer estéril, para que con posterioridad sea implantado el embrión en esta.

La presunción de la paternidad del marido frente a la inseminación artificial y fecundación extracorpórea: Se tiene que regular el nacimiento del niño para determinar su posición jurídica respecto del marido de la madre y los modos en que puede ser desplazado de su estado de familia.

Nadie puede imaginar la supresión del nuevo ser originado con tales medios, por lo que al margen del juicio ético o de conveniencia que merezcan, es menester tener claridad sobre la situación legal del niño y formular soluciones que lo protejan.(38)

La pareja conyugal tiene derecho a acudir a tales procedimientos, sino puede tener descendencia por los medios naturales.

(38) GROSMAN P. Cecilia, *Acción de impugnación de la paternidad del marido* Editorial A`baco de Rodolfo, De Palma , Buenos Aires, Argentina , 1982, p. 91

No se pueden repudiar tales procedimientos, ya que es necesario tener en cuenta las circunstancias del caso, por ser la única posibilidad que existe contra la esterilidad cuando todos los otros medios terapéuticos han sido ineficaces.

La procreación es una aspiración legítima de todo individuo, por lo que deben sopesarse los riesgos del tratamiento con los de la misma esterilidad; es el criterio médico el que ayude a definir los límites de un procedimiento aceptable.

La inseminación artificial con semen del marido recibe el nombre de inseminación homóloga o endógama y con semen de un tercero, heteróloga o exógama, esta última, también se ha denominada inseminación terapéutica.

La pareja aún teniendo la facilidad para adoptar a un niño, prefieren niños pequeños y que se les parezcan, ya que en la inseminación artificial los cónyuges tienen contacto con el niño en el periodo prenatal, el niño puede tener una apariencia física más parecida a los cónyuges.

Los individuos que intervienen la inseminación artificial heteróloga requieren una determinada protección legal: el paciente, el marido, el donante, el médico y el niño, Mariel Revillard puntualizó que el derecho se debe adaptar

a las consecuencias del progreso técnico que, en este caso, supone la revisión de uno de los postulados sobre los cuales se apoya la filiación el nacimiento como indispensable producto de la cópula. También la transmisión del embrión cuestiona la noción de parentesco materno, mater semper certa est, se declaró la necesidad de dar a la mujer la posibilidad de actuar de acuerdo con su vocación biológica, porque si no le es posible concebir naturalmente un hijo de su marido se corre el riesgo de que cometa adulterio o bien se le insemine en condiciones perjudiciales.

Si la procreación en los supuestos examinados, ya no se funda en la cópula, no es ésta la que debe probarse para colegir la existencia del nexo biológico, sino aceptar que el lazo sanguíneo se demuestra por la acreditación de la sustancia fecundante. La prueba directa del nexo biológico en la inseminación artificial y filiación extrauterina, incide por fuerza en todo el sistema de desconocimiento de la paternidad del marido, no es posible valerse del mismo sistema probatorio, porque la concepción no se origina en el ayuntamiento sino fuera del mismo., la procreación originada en la inseminación artificial o fecundación extrauterina, excede la previsión tenida en cuenta por el legislador y que no es posible su regulación en base al sistema presuncional, la denuncia del nacimiento se hará normalmente como un hijo del matrimonio sin que se registren las circunstancias en cuanto al

modo de concepción, aun cuando los antecedentes se mantengan reservados en las historias clínicas.(39)

Como conclusión , estableceremos que en la subrogación de vientres implica la participación de un tercero (la madre sustituta) para la gestación y desarrollo embrionario de un hijo o hija de una pareja cuya madre por causas diversas , pero de índole fisiológico generalmente (ya que excepcionalmente puede ser estético) no puede retener el óvulo fecundado con el espermatozoide de su esposo; por lo que la única manera de procrear es la participación activa de la madre subrogada o sustituta para que esta con un estado físico optimo para gestar a un niño o una niña lleve a un feliz término el alumbramiento del hijo o hija implantado.

La inseminación artificial consiste en la implantación del embrión de una pareja para ser implantado en el útero de otra mujer quién llevará a cabo el embarazo y dará a luz, entregando al menor gestado cuyos genes del que está constituido son propios de la pareja beneficiada con el avance biogenético ratificando asimismo los derechos y obligaciones derivados de la filiación que se constituyen con el nacimiento de niño o niña. (40)

(39) Op. Cit. GROSMAN , Cecilia P. Pág. 101 y 102

(40) SOTO, Lamadrid, Miguel Angel. *Biogenética, Filiación y Delito* Editorial Astrea, De Alfredo y Ricardo de Palma , Buenos Aires Argentina , 1990, pág. 316.

6.- Consideraciones generales en torno a la biogenética.

La sociedad no tendría mayor interés en las relaciones sexuales de las personas si estas no tuvieran como posible consecuencia la concepción y por ende el nacimiento de nuevos hombres y mujeres que deberán ser integrados e integradas a esa sociedad, y es ese interés el que propicia instituciones como el matrimonio. (41)

El hijo no tiene la culpa por la forma en que ha sido engendrado, requiere un padre para su formación y nadie más adecuado a este fin que el marido de la madre quien, al expresar su acuerdo, ha permitido su nacimiento.

Existe un interés social –crianza y educación del menor- que impide arrepentimientos posteriores; se ha manifestado una voluntad para que se produzca la procreación con tales procedimientos, originándose una responsabilidad a la cual no se puede renunciar.

(41) PEREZ Duarte Alicia. *Derecho de Familia* Editorial Fondo de Cultura Económica . México 1994 Pág 60

Al margen del juicio ético de aprobación o desaprobación que merezca el consentimiento que el marido acuerda al empleo de la inseminación con donante, aquélla conformidad a dado origen a un nuevo ser, y la responsabilidad del marido respecto de esta concepción no puede ser anulada con invalidaciones que en definitiva lesionan el interés del niño. (42)

Cualquier niño concebido y nacido como resultado de la concepción de la madre por medio de la inseminación artificial practicada por un médico autorizado o bajo su dirección y consejo, con el consentimiento de ambos cónyuges, tendrá todos los derechos, privilegios y obligaciones al igual que el hijo nacido de la relación sexual entre los esposos. Ninguna prueba relativa a dicha inseminación artificial será admitida en acciones u otros procedimientos legales que puedan perjudicar sus derechos, privilegios y obligaciones.

El Estado daría el status de filiación social a todo hijo aceptado por el marido y la mujer, sin interesar cómo fuera concebido, pero gozando el nacido de todos los derechos, privilegios y deberes unidos a dicho status.

(42) GROSMAÑ Cecilia P. *Acción de impugnación de la Paternidad del marido* Editorial A`baco de Rodolfo de Palma , Buenos Aires Argentina , 1982

La procreación humana no constituyen simple acto de reproducción instintiva, como ocurre en los animales, sino la confirmación de nuestra trascendencia, de que podamos crear vida y, a través de ella, prolongar la nuestra.

Justamente , la paternidad consciente –no accidental- es la que no se conforma con sólo transmitir, por vía genética, aquellas características que no fueron heredadas también y que son, por lo tanto, ajenas a los rasgos volitivos de nuestra personalidad. Esta pretende y admite como parte del mismo proyecto, el proteger y educar a los hijos. (43)

El argumento de que los métodos de reproducción –inseminación homóloga incluida- deben ser radicalmente evitados por ser contrarios a la ética de la procreación, como si ésta pudiera reducirse al simple acto de la fecundación, y no tuviera relevancia ni el embarazo ni el parto, como tampoco la protección y educación amorosa de los hijos, entendidos, como momentos de un mismo proceso.

Toda esta estructura doctrinal lleva a Díaz de Guijarro, obviamente, a la fecundación asistida, porque, “en la inseminación artificial con sustancia del

(43) Op. Cit. SOTO Lamadrid, Miguel Angel , pág. 11

propio marido pese a que no hay unión sexual, tenemos la voluntad procreacional; y en el caso de la inseminación heteróloga, cuando el semen es proporcionado por un extraño, también encontramos la voluntad procreacional, porque el marido que consiente semejante procedimiento asume las consecuencias jurídicas del mismo y, por eso, la calidad jurídica de padre”.

Crítica a la teoría de la voluntad procreacional: Fuera de la adopción, la filiación humana está basada, pues, en la aportación del material genético con el que se produce la fecundación

También en el caso de inseminación o fecundación homóloga, en donde no existe un acto copulatorio, la parentalidad surge de la aportación de los gametos utilizados para producir al nuevo ser, incluso en el caso de que la inseminación se realice sin consentimiento del marido, pero usando sus espermatozoides. Aún en este caso y a pesar de la ausencia absoluta de la voluntad procreacional, el vínculo paterno filial quedará igualmente constituido. Y es que la voluntad, en realidad, solo tiene relevancia como confesión del nexo biológico, es decir, como prueba calificada, pero no como título o fuente de la filiación.

La voluntad procreacional debe acompañar a la responsabilidad procreacional derivada del mero hecho biológico de la procreación, como el complemento indispensable para que la parentalidad cumpla sus fines humanizadores, y para que los padres protejan y eduquen a sus hijos con amor.

La voluntad debe ser reconocida en el moderno derecho de familia, como una entidad jurídica autónoma, capaz de constituir el vínculo paterno-filial, aun en ausencia del elemento genético, tal y como, ocurre en la adopción, porque las nuevas técnicas de reproducción asistida sólo tiene a la voluntad como punto de referencia.

Ante las nuevas formas de impulsar la reproducción con material genético ajeno, la opción es asegurar, con tono imperativo y total convencimiento, que el juez debe resolver sobre la base de la voluntad procreacional o, auspiciar simplemente, con la mayor objetividad, que en una próxima reforma legislativa el deseo de asumir la paternidad –tal como ocurre en la adopción- sea reconocido como título eficiente para constituir jurídicamente el vínculo paterno-filial.

Rivero Hernández, sostiene que “los principales problemas para determinar la filiación, tenían su origen en el secreto de las relaciones sexuales causantes del nacimiento; al surgir las pruebas biológicas y poder determinar con precisión creciente cuál es el elemento causal del embarazo,

hubo de cambiar la normatividad sobre filiación, orientándola hacia el nexo biológico.

Sin embargo hoy existe una nueva realidad; es posible la procreación sin necesidad de relación sexual alguna, y sin que las personas que desean asumir la paternidad hayan aportado el material genético. Esta no es la filiación que conocíamos. No obstante, el acto de decidir que el niño naciera y el deseo de asumir la responsabilidad afectiva y material de la filiación, puede ser más noble que muchos nacimientos productos de un proceso natural, particularmente los no deseados o los resultantes de un atropello criminal.

Estamos ante una realidad nueva –insiste este autor –, distinta de la filiación derivada de la relación sexual entre dos personas, en la que ambos aportan sus respectivos gametos para producir la fecundación, por lo que se requieren conceptos, categorías jurídicas y terminología apropiados a la nueva situación.

Por eso las acciones de investigación o impugnación de la paternidad, por lo que toca a las nuevas técnicas, deben partir de un elemento distinto, el verdaderamente relevante en este tipo de filiación; el de la voluntad o decisión de que ese ser naciera. Causa eficiente, última e infungible, dice Rivero Hernández, porque los demás elementos biológicos pueden ser sustituidos todos

Pudiera parecer, a primera vista –dice- que sobrevaloró el elemento voluntarista, frente al dato genético o biológico que tanto peso tiene en materia de filiación. Más no creo que haya tal sobreestimación del consentimiento, responde, pues al margen de las situaciones en estudio, este factor tiene una gran importancia en nuestro actual ordenamiento sobre filiación.

Si se considera padre al reconocedor de un hijo que sabe con seguridad que no es obra suya, o el marido que no quiere impugnar la paternidad del hijo atribuido a él, no obstante estar seguro de su imposible procreación, ¿cómo dar menos importancia al acto de voluntad (que es asunción de paternidad) del varón que decide que nazca un hijo consintiendo la inseminación de su esposa con semen de tercero?

Tratándose de un nacimiento no accidental, sino perfectamente planificado, como ocurre en la fecundación asistida, el elemento volitivo ha de tener una trascendencia particular. De acuerdo con la interpretación y atribución de paternidad que sugiero, me parece –dice este autor- , además de más justa, más fácil la inscripción de la filiación en el Registro Civil y la posibilidad para el nacido de tener un padre afectivo y legal. (44)

(44) Op. Cit. SOTO Lamadrid, pág. 76 y 77

Grosman admite que “en el caso de la inseminación artificial, sea mediante semen del marido o de un tercero, ya no es posible hablar de una presunción de paternidad, porque el responsable de la procreación no surge por inferencia de las relaciones sexuales habidas entre hombre y mujer durante la época de la concepción, sino por verificación directa de cuál ha sido el semen fecundante. Por lo que no puede aplicarse un esquema ideado para un determinado desarrollo histórico-científico, a una situación originada en otra etapa de la evolución de la ciencia.

Así el hijo nacido de inseminación heteróloga, o de fecundación in vitro con óvulo de la mujer y semen de un donante, debe ser considerado, en una reforma legal, como hijo matrimonial. “La paternidad del marido de la madre se apoya en su voluntad de asumir el rol paterno, exteriorizado a través de su conformidad para el empleo del procedimiento fecundante, y esta intención debe ser reconocida por el ordenamiento jurídico como génesis del lazo paterno-filial. Pese a que se ha acudido a la sustancia de un tercero, se observa una voluntad conjunta –la de ambos cónyuges- destinada a suplir la imposibilidad biológica del marido y dar origen a una nueva vida, de donde se desprende lo que Díaz de Guijarro ha llamado la “responsabilidad procreacional”, o sea, “la asunción consciente de la paternidad”.

Esta responsabilidad nace del haber querido que la mujer conciba; por lo que el consentimiento del esposo tendría la categoría de acto jurídico familiar.

Claro está, que para que la voluntad del marido en este tipo de concepción, signifique la determinación de una relación jurídica de filiación, el orden legal debe darle el interés suficiente para lograr el emplazamiento. El niño, entonces, tendrá derecho a que se reconozca su vínculo con el esposo de la madre y a conservar dicha relación filial. Se trataría de un caso de discordancia entre el vínculo biológico y el social que la ley reconocería, privilegiando el rol paterno del marido, podría considerárselo como un efecto del matrimonio y una nueva fuente de legitimidad.

En estos casos se daría una situación similar a la adopción, se trataría de una hipótesis semejante a la adopción plena, pero donde la voluntad de los interesados es admitida antes de la concepción. Debe considerarse al niño así nacido como hijo matrimonial, con la imposibilidad para las partes de probar el auténtico nexo biológico paterno. (45)

La biogenética y embriología era hasta hace poco tiempo impensable, más sin embargo ahora es una realidad que ofrece novísimas posibilidades para llevar a cabo la fertilidad de algunas parejas, especialmente de la madre en una situación riesgosa o de imposible viabilidad de embarazo.

(45) Op. Cit. SOTO Lamadrid Miguel Angel, pág. 78 y 79

La familia no sólo se constituye por su propia naturaleza con dos entidades de sexo opuesto, sino que de manera innata se concibe con un hijo o hija por lo menos “ El hijo es lo único que puede aportar el sabor, lo nuevo, lo excitante en una vida conyugal que, en caso contrario , se vuelve monótona y a veces insatisfactoria” (46) produciendo como consecuencia inevitable por regla general el rompimiento del vínculo matrimonial

El hijo también es una continuación de la genética de la persona que asegura su continuidad y su existencia de generación en generación . Los padres, ante el inevitable término del ciclo vital tratan de perpetuar su identidad genética, asegurando su existencia a través de sus hijos hechos a su imagen y semejanza , como un aliciente para burlar a la muerte.

(46) Op. Cit. SOTO Lamadrid Miguel Angel , pág. 6

CAPITULO SEGUNDO



**ESTUDIO DOCTRINARIO
DEL DELITO DE
TRAFICO DE MENORES**

CAPITULO SEGUNDO

Estudio doctrinario del delito de tráfico de menores.

1.- Clasificación del delito.

a) Por su gravedad.

Por su gravedad aunque en el sistema jurídico Mexicano no existe la diferenciación entre crímenes, delitos y faltas , en la doctrina jurídica el tráfico de menores se ubica dentro de los calificados como crímenes , toda vez que atentan contra la libertad humana e identidad filial del menor, las cuales son derechos naturales del hombre . En el sistema jurídico penal mexicano vigente no se lleva a cabo esa diferenciación por lo que se ubica ineludiblemente en tipo de los delitos.

b) Por la forma de conducta

También llamada por la forma de manifestación de la voluntad, el tráfico de menores se lleva a cabo mediante una acción o un hacer del agente al

momento de entregar al menor, a un tercero para su custodia definitiva. En este tipo de delitos se viola una ley prohibitiva, castigando al sujeto activo por su comportamiento positivo o de acción que conlleva necesariamente a la producción del resultado típico.

c) Por el resultado

Es el delito de tráfico de menores un delito de resultado material y no formal, toda vez que se produce en el mundo externo, tangible, consistente en la entrega que hace una persona de un menor de quién ejerce la patria potestad o tiene a su favor la custodia, a una tercera persona de manera definitiva además de ilegítima.

d) Por el daño que causan

El delito en estudio es esencialmente un delito de daño, toda vez que se sanciona la conducta cuyo resultado es la entrega de un menor por quién ejerce la patria potestad, la tutela o la custodia, causando con ello un daño a los derechos inherentes del menor el cual se convierte en objeto de transacción, no siendo una cosa la persona humana para ser objeto de venta o donación.

La vía legítima y legal para ceder la patria potestad, tutela o custodia es la figura jurídica de la adopción.

e) Por su duración

Es un delito calificado como permanente, toda vez que su “efecto negativo se prolonga a través del tiempo” (1) es decir, que la conducta por su propia naturaleza delictiva se prolonga por todo el tiempo en que se haya el menor de edad en poder del tercero a quién se le entregó el menor de edad, por quién tenía el derecho sobre él, de manera definitiva e ilegítimamente.

f) Por su estructura

Se le califica como un delito simple, en virtud de que el tipo penal no subsume o se fusiona con algún otro tipo penal, nuevo y con vida independiente. En la especie, la lesión jurídica para el menor de edad dado de manera definitiva por quién lo tenía a su cargo es una sola y por tanto no reviste o se subsume el delito de plagio, por ser el delito de tráfico de menores un delito donde media la parte fundamental, que es el consentimiento de la persona a quién le corresponde legítimamente el menor de edad, además de merecer su comisión una menor penalidad en relación al plagio.

(1) LOPEZ Betancourt, Eduardo. *Teoría del Delito* 7ª. Edic. Editorial Porrúa, S.A. 1999 p. 292,

g) Por la forma de persecución

El delito en cuestión es perseguible de oficio, en virtud de que por disposición de la ley, la autoridad, previa denuncia, está obligada a actuar, persiguiendo y castigando a los responsables independientemente de la voluntad de los ofendidos en otorgar perdón o no a los sujetos activos y partícipes de la conducta delictuosa.

En otras palabras, en este delito de tráfico de menores, "no es necesaria la denuncia del agraviado – en este caso del menor de edad- sino que cualquier persona la puede efectuar, y el Ministerio Público, tiene la obligación de perseguir el delito". (2).

h) Por el número de individuos que intervienen en la conducta delictiva

Es un delito plurisubjetivo, toda vez que "el tipo penal requiere de dos o más sujetos" (3) es decir, en la especie para configurarse la acción típica se hace necesaria la participación de tres sujetos, el que entrega al menor del cual tiene la patria potestad o la custodia aunque esta no haya sido declarada, de manera voluntaria, el que recibe al menor para entregarlo a una tercera persona (el intermediario) y el que lo recibe de manera definitiva.

(2) LOPEZ, Betancourt, Eduardo. *Teoría del delito*. 7ª Edición Editorial Porrúa S.A 1999 p. 294

(3) LOPEZ Betancourt Eduardo, *Teoría del delito*, 7ª. Edición Editorial Porrúa. S. A. 1990 p. 293

i) Por su materia

Es un delito del orden común para el Distrito Federal y de orden Federal para toda la República, atendiendo el orden de competencias conforme al artículo 50 Y 50 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación que dice a la letra:

Art. Art. 50 " Los jueces federales penales conocerán:

i. De los delitos del orden federal.

Son delitos del orden federal:

- a) Los previstos en las leyes federales y en los tratados internacionales;
- b) Los señalados en el artículo 2º. A 5º. del Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal;
- c) Los cometidos en el extranjero por agentes diplomáticos, personal oficial de las legaciones de la República y Cónsules mexicanos
- d) Los cometidos en las embajadas y legaciones extranjeras;
- e) Aquellos en que la Federación sea sujeto pasivo
- f) Los cometidos por un servidor público o empleado federal en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas;
- g) Los cometidos en contra de un servidor público o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas,
- h) Los perpetrados con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, aunque dicho servicio este descentralizado o concesionado;

- i) Los perpetrados en contra del funcionamiento de un servicio público federal o en menoscabo de los bienes afectados a la satisfacción de dicho servicio, aunque este se encuentre descentralizado o concesionado;
- j) Todos aquellos que ataquen, dificulten o imposibiliten el ejercicio de alguna atribución o facultad reservada a la federación;
- k) Los señalados en el artículo 389 del Código Penal, cuando se prometa o se proporcione un trabajo en dependencia, organismo descentralizado o empresa de participación estatal del gobierno federal, y
- l) Los cometidos por o en contra de funcionarios electorales federales o de funcionarios partidistas en los términos de la fracción II del artículo 401 del Código Penal.

ii. De los procedimientos de extradición; salvo lo que disponga en los tratados internacionales.

iii. De las autorizaciones para intervenir cualquier comunicación privada.

Art 50 bis. En materia federal la autorización para intervenir las comunicaciones privadas, será otorgada de conformidad con la Ley Federal en materia de delincuencia organizada.

j) Clasificación legal

"Esta clasificación es la que aparece en la ley, por eso es legal; aquí, los delitos se clasifican tomando en cuenta el bien jurídicamente tutelado." (4)

El Código Penal vigente para el Distrito Federal, lo cataloga en su título vigésimo primero como "Privación ilegal de la libertad y otras garantías"

2.- Elementos del delito de tráfico de menores.

El delito para su estudio, se le ha catalogado con la corriente doctrinal que lo ubica con 4 elementos del delito los cuales son: *conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.*

Para la corriente totalizadora del delito no es posible la división del ilícito, pero para su estudio los seguidores de la corriente atomizadora los han clasificado en tanto número de elementos como criterios hay, más sin embargo en el presente estudio jurídico nos acogeremos a la corriente tetratómica, pues si bien es cierto que hay unidad indisoluble en el delito también es cierto que si entre los factores integrantes del delito no hay una prioridad temporal, si una indiscutible prelación lógica.

(4) LOPEZ Betancourt Eduardo. *Teoría del delito* 7ª. Edición. Editorial Porrúa, México 1999 p. 294.

En el delito de tráfico de menores, se debe primero verificar la existencia de la conducta positiva de los sujetos activos, después su amoldamiento en el tipo penal previsto por el artículo 366-ter (*tipicidad*), después revisar si dicha conducta típica está o no protegida por una justificante, y en caso negativo, llegar a la conclusión de que existe la *antijuridicidad*; en seguida se debe verificar la presencia de la capacidad intelectual y volitiva del agente (*imputabilidad*) y finalmente indagar si el autor de la conducta típica, antijurídica e imputable obró con *culpabilidad*.

a) Conducta

Concepto de conducta: Comportamiento humano, externo, voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito y de efectos relevantes para el Derecho Penal. En el delito en estudio se trata del comportamiento humano positivo de tres personas que pueden intervenir en el delito, que son: El ascendiente titular de los derechos sobre el menor de la patria potestad, tutela o custodia aún cuando esta no haya sido declarada. Cualquier persona que reciba al menor para entregarlo a un tercero y el tercero que puede ser también cualquier persona que reciba al menor con carácter definitivo. El fin que persigue cada uno de los sujetos activos son complementarios en virtud de que el ascendiente que ejerce la patria potestad o bien quién tiene la tutela o custodia aunque esta no haya sido declarada, persigue la entrega definitiva del

menor con o sin beneficio económico, el intermediario persigue la finalidad de recibir y entregar al menor a un tercero, con o sin beneficio económico (es el contacto entre la persona que da al menor y los que lo reciben , puede ser una persona individual o una "agencia" dedicada a esta actividad delictiva, y por último el que recibe al menor casi siempre lo hace con la finalidad de amor por la falta e imposibilidad de tener un hijo propio por simplicidad en el hecho y evitar los obstáculos generados por la adopción.

Cabe mencionar que a partir de la adición al Código Penal Vigente para el Distrito Federal en su artículo 7º nos hace mención en su segundo párrafo "En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omita impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley . de un contrato, o de su propio actuar precedente."

En este sentido podemos indudablemente encuadrar al familiar, bien sea alguno de los cónyuges, abuelos u otro pariente que se haya percatado de la entrega definitiva, voluntaria e ilegítima del menor, más sin embargo , *omitieron* impedirlo ubicándose en la inobservancia de su propio actuar precedente.

A mi parecer es criticable dicha adición en virtud de que , primero, no se trata de una comisión por omisión propia en el sentido que no existe nexo de

causalidad , es decir , que a toda conducta necesaria y directamente deviene un resultado; segundo, tratándose de responsabilizar a empresas de seguridad privada se llevó al ámbito penal la omisión en que devienen muchos de sus efectivos haciendo la reforma general del citado artículo y contrastando naturalmente con la teoría y sistema jurídico penal, afirmación hecha toda vez que los servidores públicos (policía judicial, de seguridad pública, entre otros) están sujetos a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; tercero , tratándose de omisiones dolosas de cualquier persona, es dable sujetarla bajo el rubro de asociación delictuosa por lo que equiparar la pena de aquel cuya conducta es omisiva, solo por ese hecho (porque ante una conducta delictiva puede ubicarse en el miedo grave, o bien racionalmente no puede oponerse a dicha conducta delictiva por la superioridad en número o en armamento ;por lo que debiera ser heroico en su proceder dando lugar a la no exigibilidad de otra conducta) es un exceso de los legisladores, además de la violación al artículo 14 constitucional "de la exacta descriptiva en el tipo omisivo" (4) .

Sujeto Pasivo : Es el menor de edad como titular del derecho filial violado y jurídicamente protegido.

(4) GONZALEZ Quintanilla , José Arturo "Derecho Penal Mexicano", Editorial Porrúa S A., 4ª. Edición. México 1997. Pág. 361

Ofendido : Es la familia , representada por todas aquellas personas unidas al menor por un vínculo consanguíneo o por adopción.

Objeto material del delito : Lo constituye el menor sobre el cual recae el daño.

Objeto jurídico del delito: Es el bien jurídico protegido por la ley. Es el derecho a la filiación del menor , así como su libertad personal , y que el hecho realizado por los sujetos activos lesionan.

Relación de causalidad en la acción: Entre la conducta de los tres actores jurídicos y el resultado (la entrega y consecuente tenencia ilegítima del menor) , existe una relación causal, es decir, el resultado tiene como causa un hacer de los sujetos activos del delito de tráfico de menores.

Para determinar cuales actividades humanas deben ser tenidas como causas del resultado, existen cuatro teorías:

Teoría de la equivalencia de condiciones: Donde todas las condiciones son equivalentes y por lo tanto todas son su causa

Teoría de la última condición: Entre las causas productoras del resultado, sólo es relevante la última, es decir, la más cercana al resultado.

Teoría de la condición mas eficaz. Donde es sólo causa del resultado aquella que tiene la mayor importancia.

Teoría de la causalidad adecuada: Unicamente considera como verdadera causa del resultado la condición normalmente adecuada para producirlo.

Normalmente al momento de la aplicación de la ley, se toma en cuenta la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Lugar y tiempo de la comisión del delito:

Casi siempre la acción y la omisión se realizan en el mismo lugar donde se produce el resultado y casi al mismo tiempo entre la acción y el resultado; aunque algunas veces la conducta y el resultado no coinciden respecto al mismo lugar y tiempo, es cuando se presentan los delitos a distancia. Ejm Si un menor de 18 años realiza una conducta delictiva dando su consentimiento o bien entregando al menor con el consentimiento de su ascendiente o de quien tenga la tutela y uno o ambos en ese momento tienen la minoría de edad establecida por la ley, y el resultado o sea la entrega del menor a una tercera

persona surge cuando ya ha cumplido la mayoría de edad , ¿ Se trata de un delincuente o deberá sujetársele a los procedimientos para menores? , para dar solución a esta problemática se han elaborado las siguientes teorías:

Teoría de la actividad: El delito se comete en el lugar y al tiempo de la omisión o de la acción.

Teoría del resultado: El delito se realiza en el lugar y al tiempo de la producción del resultado.

Teoría del conjunto: El delito se comete tanto en el lugar y tiempo de la realización de la conducta, como en el lugar y tiempo de la producción del resultado.

En virtud de que nuestra legislación es oscura en este sentido, las sentencias en la mayor de las ocasiones se dictan conforme a la teoría del resultado, es decir en el delito en estudio, cuando se ha consumado la entrega del menor de manera ilegítima a un tercero.

Ausencia de conducta.

La fracción I del art. 15 del Código Penal Vigente, capta todas las especies de ausencia de conducta mediante la fórmula genérica "INCURRIR EL AGENTE EN ACTIVIDAD E INACTIVIDAD INVOLUNTARA". hasta antes de la reforma de 1994 , con la reforma quedo con el mismo sentido "El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente".

Vis absoluta, Vis mayor y movimientos reflejos:

Circunstancias externas, imposibles de prever e ineludibles, provenientes de una fuerza externa generada por violencia, de la naturaleza o movimientos patológicos derivados del propio cuerpo, dichas excluyentes de voluntad no se puede presentar en el delito en estudio ya que es necesario desplegar ciertos movimientos secuenciales y conscientes para que se produzca el resultado doloso.

b. Tipicidad.

Tipo : Es la descripción que hace el Estado de una conducta en los preceptos

Penaes; en el tráfico de menores el tipo penal es el previsto en el artículo 366-ter, que dice " Al que con el consentimiento de un ascendiente que

ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia de un menor, a cambio de un beneficio económico, se le aplicará pena de prisión de dos a nueve años y de doscientos a quinientos días multa.

La misma pena a que se refiere el párrafo anterior se aplicará a los que otorguen el consentimiento a que alude este numeral y al tercero que recibe al menor.

Si la entrega definitiva del menor se hace sin la finalidad de obtener un beneficio económico, la pena aplicable al que lo entrega será de uno a tres años de prisión.

Si se acredita que quién recibió al menor lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, la pena se reducirá hasta la cuarta parte de la prevista en el párrafo anterior.

Cuando en la comisión del delito no exista el consentimiento a que se refiere el párrafo primero, la pena se aumentará hasta el doble de la prevista en aquél.

Además de las sanciones señaladas, se privará de los derechos de la patria potestad, tutela, o custodia, en su caso, a quienes teniendo el ejercicio de éstos, cometan el delito a que se refiere el presente artículo.

Tipicidad . Es la adecuación de una conducta concreta al tipo penal.

Clasificación del tipo penal de tráfico de menores.

Normal : En virtud de que el tipo no describe ninguna circunstancia en la que sea necesario establecer alguna valoración jurídica o cultural, es decir la descripción penal es puramente objetiva.

Especial: Es un delito especial porque está formado por el tipo fundamental o básico previsto por el artículo 364 (privación ilegal de la libertad) y otros requisitos, cuya nueva existencia excluye la aplicación del básico y obliga a agregar los hechos bajo el tipo penal especial en virtud de que en el tipo penal de tráfico de menores es necesario para su encuadramiento que el menor sea entregado de manera definitiva, voluntariamente, sin engaños ni violencia a una tercera persona.

Complementado: Tiene esta característica el tipo penal de tráfico de menores en el sentido de que se integra en él una circunstancia o peculiaridad distinta, que consiste en determinar si la entrega del menor se hace a cambio de un beneficio económico o no, y si el que recibió al menor, lo hace para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación o no.

Los tipos especiales y complementados pueden ser agravados o privilegiados.

Como ya habíamos hecho mención existe la reducción de la pena si la entrega definitiva se realizó sin la intención de obtener algún beneficio económico, además de obtener un mayor privilegio penal cuando el que recibió al menor lo hizo para darle los derechos y obligaciones de un hijo propio.

Autónomo e independiente: El tipo penal en estudio tiene vida propia sin depender de otro tipo penal.

De formulación amplia: en el medio (y no fin) de su comisión , en el sentido de que en el tipo penal caben todos los modos de ejecución , ya que los sujetos activos se pueden valer de cualquier medio para la entrega y recepción voluntaria del menor.

De daño : En virtud de que el delito tutela a los derechos de libertad y filiación del menor ante el daño que este sufre al ser entregado de manera ilegítima a un tercero.

Atipicidad. Se presenta cuando no hay adecuación de la conducta al tipo penal, en su especie de delito de tráfico de menores. Por lo que si la conducta no es típica jamás podrá ser delictuosa. Garantía Constitucional prevista en su art. 14 tercer párrafo " En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer ,por

simple analogía y aún por, mayoría de razón , pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata" así como en las causas de exclusión del delito , art. 15 fracción I: " Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito que se trate"

Causas de atipicidad:

Ausencia de calidad del sujeto activo y pasivo: En el tipo penal de tráfico de menores se establecen tres sujetos activos a saber y un sujeto pasivo.

El primer sujeto activo es el que otorga el consentimiento para entregar al menor de manera definitiva. debe tener la calidad de la persona que ejerce la patria potestad o que tenga a su cargo la custodia del menor , aunque esta no haya sido declarada.

El segundo sujeto activo que recibe y entrega al menor a un tercero, debe tener la calidad de ser mayor de edad para poder ser sujeto de responsabilidad penal.

El tercer sujeto activo debe tener la misma calidad que el anterior porque es el que recibe al menor para quedárselo de manera definitiva.

El sujeto pasivo debe tener la calidad de ser menor de edad para poder ser sujeto de tráfico.

Falta de referencias temporales: Como primer momento, diremos que sólo puede traficarse un menor de edad después de su gestación en el vientre

materno (nacimiento), y en este aspecto cualquier tráfico que pudiera haber de cigotos (para fecundación in vitro o subrogación de vientres) no es materia de tipicidad, de tráfico de menores.

Como segundo momento, después de que legalmente cumpla su mayoría de edad ;18 años conforme al art. 646 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, "la mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos".

No realizarse el hecho por los medios específicamente señalados en la ley. El tipo en estudio no requiere que conlleve a la integración del tipo penal algún medio comisivo en especial, salvo que por su propia naturaleza del tipo se lleva a cabo con el consentimiento de quién tiene la patria potestad o la tutela del menor materia del tráfico.

Falta de elementos subjetivos del injusto. Aún cuando el tipo penal no lo menciona expresamente , se desprende del mismo que el tercero que recibe al menor de manera ilegítima , debe tener la intención consciente que la recepción del menor es de manera definitiva y no temporal (una tarde , un día , un fin de semana etc)

Por no darse la antijuricidad especial. Se establece toda vez que la ley cita que la entrega del menor debe ser *ilegítima*. es decir antijurídica ya que la vía lícita es la adopción.

c) Antijuricidad

La antijuricidad, son todas aquellas conductas humanas típicas que van contra el derecho legislado, desde el punto de vista puramente objetivo con independencia si es doloso o culposo, es lo contrario a derecho, ya que el elemento interno o psicológico corresponde a la culpabilidad. "Una conducta es antijurídica cuando siendo típica, no está protegida por una causa de justificación"

La antijuricidad radica en la violación del bien jurídicamente protegido tutelado en el tipo penal.

Antijuricidad formal: Es la violación de la norma jurídica prevista por el artículo 366-ter, relativa al tráfico de menores

Antijuricidad material: Consiste en el daño causado por la adecuación de la conducta al tipo penal, en su especie el daño consistente en la dignidad del menor, libertad, filiación e integridad de la familia.

Ausencia de antijuricidad. Puede ocurrir que la conducta típica este en oposición al derecho, pero este amparada bajo una causa de justificación, (defensa legítima, estado de necesidad etc.)

Causas de justificación: son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir lo antijurídico de la conducta típica.

Excluyentes de responsabilidad: son; ausencia de conducta , atipicidad , causas de justificación, causas de inimputabilidad , y causas de inculpabilidad.

En las *causas de justificación* no hay delito, en las de *inimputabilidad* no hay delincuente y en las *excusas absolutorias* no hay pena.

Razón de ser de las causas de justificación.

El Estado excluye la antijuricidad que en condiciones ordinarias subsistiría, cuando ya no existe el interés que se trata de proteger o cuando ocurriendo 2 intereses jurídicamente tutelados no pueden salvarse ambos y el derecho opta por la conservación del más valioso. Las causas de justificación son primero aquellas en las que existe una ausencia de interés jurídico que tutelar, excluyente de responsabilidad prevista por el artículo 15 fracción III " El delito se excluye cuando . Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

a) Que el bien jurídico sea disponible.

- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo.; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio, o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular , este hubiese otorgado el mismo”.

Pero si el tipo penal lo permite de manera expresa opera en realidad la atipicidad; en segundo lugar operan las justificantes por interés preponderante las cuales pueden ser . legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho e impedimento legítimo, más sin embargo por la propia naturaleza del delito de tráfico de menores , no opera ninguna justificante por la cual elimine la antijuricidad del que “... con consentimiento de un ascendiente que ejerce la patria potestad o de quién tenga la custodia de un menor , aunque esta no haya sido declarada, ilegítimamente lo entregue a un tercero para su custodia definitiva a cambio de un beneficio económico o sin el (variando sustancialmente la penalidad en una u otra hipótesis).

Imputabilidad.-

La *imputabilidad* como presupuesto de la culpabilidad, se entiende como la capacidad de querer y entender el hecho calificado como delito.

La responsabilidad ; es la situación jurídica en la que se encuentran los individuos Imputables(el que otorga el consentimiento y titular de los derechos de patria potestad o custodia sobre el menor traficado, así como el que lo entrega de manera definitiva e ilegítima y el tercero que lo recibe) de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado. Resulta una relación entre los sujetos y el Estado, por ello los fallos Judiciales concluyen con esta declaración: "Teniendo a los acusados como penalmente responsables del delito que motivo el proceso y señalando la pena respectiva."

Acciones liberae in causa (libres en su causa pero determinadas en su efecto)

La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho, pero en ocasiones el sujeto o los sujetos antes de actuar, voluntaria o culposamente, se coloca(n) en situación inimputable y en estas condiciones produce(n) el delito. Tal es el caso del uso de drogas enervantes , psicotrópicas , tóxicas etc. , al momento de la comisión del delito. (art. 15 fracción VII del Código Penal vigente para el Distrito Federal)

Inimputabilidad : Son admisibles tanto las excluyentes legales como las supraleales. Art. 15 fracción VII " Al momento de realizar el hecho típico el agente (el titular de la patria potestad o custodia, el que entrega al menor y el tercero que lo recibe) no tenga capacidad de comprender el carácter ilícito de

aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente , en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible "

Trastorno mental: Consiste en la perturbación de las facultades psíquicas , por lo tanto puede operar la inimputabilidad tanto en el trastorno permanente como en el transitorio. Pueden quedar comprendidos también los sordomudos o ciegos con desarrollo intelectual retardado , que les impida comprender el carácter de ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, aún cuando no presenten un verdadero trastorno mental, así lo dispone el segundo párrafo siguiente del art. 15 fracción VII " Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida. se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este código que dice " Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de este Código a juicio del juzgador según proceda se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor".

Tratamiento de inimputables en internamiento o en libertad: Los protegidos por la eximente deben quedar al margen de toda consecuencia represiva y asegurativa, por haber realizado el hecho penalmente tipificado sin capacidad de juicio y decisión, sin embargo para fines de defensa social la ley penal rompe sus propios postulados básicos y admite la aparición de consecuencias formalmente penales, donde el juzgador determinará la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo el procedimiento correspondiente, si se trata de internamiento el inimputable será atendido en la institución correspondiente.

Dentro de la no *exigibilidad de otra conducta* prevista por el art. 15 fracción IX del Código Penal vigente en el Distrito Federal se desprende de lo que era hasta antes de la reforma penal el *miedo grave* "Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente" quedando desaparecida expresamente del Código Penal para el Distrito Federal.

Este es una causa de inimputabilidad en tanto que el temor fundado puede ser causa de inculpabilidad, ya que la naturaleza del miedo grave es psicológica en tanto que el temor fundado en procesos materiales. El miedo se engendra en la imaginación, el temor es externo y razonado y consciente, ya que es dable tener temor de un circunstancia contraria a lo esperado sin tener miedo del mismo.

Ambas hipótesis (miedo grave y temor fundado) pueden esgrimirse como excluyente de culpabilidad, la primera en el supuesto de que la madre, el padre o ambos sientan miedo grave ante un hecho proveniente de la naturaleza o de violencia externa y en ese momento otorguen a su hijo a otra persona para que lo entregue a un tercero de manera definitiva. O bien en el segundo caso pudiera ser de la misma manera a una pareja de extranjeros y esta se encuentra ante el temor fundado de ser extraditados a su país de origen donde existe inestabilidad social, pueden entregar a un tercero a su menor hijo de manera definitiva.

Menores ante el Derecho Penal : La imputabilidad es la aptitud legal para ser sujeto de aplicación de las disposiciones penales y en consecuencia como capacidad jurídica de entender y de querer en el campo del Derecho Penal. A los menores el Estado les aplica medidas correctivas y educadoras, por medio de la Ley para el tratamiento de menores infractores para el Distrito Federal . El Consejo de Menores es competente para conocer de la conducta de las personas mayores de 11 y menores de 18 años de edad tipificadas por las leyes penales señaladas en el artículo 1º de esta Ley. Los menores de 11 años serán sujetos de asistencia social por parte de las instituciones de los sectores público , social y privado que se ocupen de esta materia , las cuales se constituirán, en este aspecto, como auxiliares del Consejo”.

d) *Culpabilidad*.

Es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.

En el derecho mexicano se opta por la conjugación de dos teorías doctrinales para fundamentar la culpabilidad, la teoría psicologista y la normativista, la primera consiste en el *nexo intelectual* y moral que une al sujeto con su acto, y la segunda es que cuando la actitud *ánimica* de transgredir el orden típico. (5)

Formas de la culpabilidad:

Reviste dos formas, dolo y culpa. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo) o por descuidar las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida gregaria (culpa). La preterintencionalidad como resultado típico que va más allá de lo querido o deseado por el sujeto activo, más sin embargo actualmente nuestro Código únicamente acepta el dolo o la culpa, como especies de la culpabilidad, por lo que en relación a la preterintencionalidad, tal como se desprende de el artículo 9 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, se ubica a tal como una forma dolosa.

(5) GÓNZALEZ Quintanilla, José Arturo. Ob. Cit. Pag. 361

El dolo : consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente es la intención de ejecutar un hecho delictuoso, nuestra definición legal del artículo 9 del Código Penal establece “ Obra dolosamente el que , conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley.....”

Elementos del dolo: elemento ético constituido por la conciencia de quebrantar el deber aglutinado en el tipo penal, y el elemento volitivo o psicológico que consiste en la voluntad de realizar el hecho violatorio de la ley penal.

Especies del dolo:

Dolo directo: (Delito intencional en nuestro C.P.), donde el sujeto conoce el resultado penalmente tipificado y lo quiere por lo tanto, hay voluntad en la conducta y querer en el resultado

Dolo indirecto: (Delito preterintencional en la doctrina, pero equiparado al dolo directo en nuestro Código) donde el agente actúa ante la certeza que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente pero aun previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho delictuoso.

Dolo eventual (Delito culposo en nuestro Código Penal Vigente, artículo 9º.)

“Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiado en que no se produciría en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales”.

En el delito en estudio, no opera la conducta culposa, en virtud de que esta deviene de realizar un daño a causa de la violación de los deberes de cuidado que la ley o las circunstancias personales le imponen; cuando en el delito de tráfico de menores es indispensable para su configuración la voluntad consciente de aceptar el hecho descrito por la ley penal.

La inculpabilidad.

Es la ausencia de culpabilidad y opera al hallarse ausentes sus elementos esenciales : Conocimiento y Voluntad.

Causas de inculpabilidad

- a) Error esencial de hecho : afecta el elemento intelectual.
- b) Coacción sobre la voluntad: afecta el elemento volitivo.

El error y la ignorancia.

En el error se conoce, pero se conoce mal, la ignorancia es una laguna de nuestro entendimiento, porque nada se conoce, ni errónea ni certeramente.

Tipos de error

La ley divide el error en dos clases, "de tipo y de prohibición, según recaiga sobre un elemento o requisito constitutivo del tipo penal (el agente ignora obrar típicamente) o el sujeto, sabiendo que actúa típicamente, cree hacerlo protegido por una justificante " (6)

Error de hecho. el cual se divide en.

Error esencial de hecho.

Este tipo de error debe ser invencible, donde el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, por lo que hay un desconocimiento de la antijuricidad de su conducta constituyendo el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo. Asimismo se divide esta clase de error en :

- 1) Error de tipo , donde el agente ignora obrar típicamente
- 2) Error de prohibición, donde el agente sabe que obra típicamente pero cree hacerlo protegido por una justificante.

(6) CASTELLANOS Tena. Ob. Cit. Pag.260

Por ello al error esencial de hecho insuperable se le denomina también EXIMENTES PUTATIVAS, donde el agente cree bien que su conducta no es típica o que obra amparado por una causa de justificación. Así lo define el artículo 15 fracción VIII " Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

- A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o
- B) Respecto a la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que esta justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código"

Artículo 66 " En caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización . Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será de hasta una tercera parte del delito que se trate."

En el tipo penal de tráfico de menores, es posible que operen las eximentes putativas, en virtud de que el error esencial de hecho puede consistir en el error insuperable de cualquiera de los tres sujetos activos de la conducta típica, al creer actuar lícitamente por la realización del procedimiento legal de adopción. Dicha circunstancia puede acontecer principalmente cuando se pueda tratar de una agencia o persona que tenga como actividad contactar a padres que

deseen regalar o vender a sus hijos con parejas estériles dispuestas a recibirlos. Ambas partes pueden ser engañadas al hacerles creer que se sigue el procedimiento legal de adopción establecido por el Código Civil vigente, e inclusive de el otorgamiento de una acta de adopción (apócrifa) ; pero que tiene el efecto de ubicar en un error invencible e insuperable a ambas partes.

Error accidental de hecho .(cuando recae en circunstancias accidentales del hecho.) se divide en:

- 1.-Error en el golpe: *aberratio ictus*, se da cuando el resultado no es precisamente el querido, pero es equivalente, ejm. Jorge dispara contra Carlos a quién no confunde pero por error en la puntería mata a Roberto.
- 2.-*Aberratio in persona*: Es cuando el error versa sobre la persona objeto del delito, por ejemplo, Alfredo queriendo disparar sobre Abigail, confunde a ésta por las sombras de la noche y priva de la vida a Claudia, a quién no se proponía matar.
- 3.- *Aberratio delicti*: Si se ocasiona un suceso diferente al deseado.

Temor fundado.

...” el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menor perjudicial al alcance del agente.” Puede considerarse esta eximente legal como una causa de inculpabilidad por coacción sobre la voluntad, más sin embargo “

esta excluyente igual que la del miedo grave, desapareció en el Código Penal Federal para quedar englobada bajo el esquema ahora adoptado dentro del género de no exigibilidad " (7) Artículo 15 fracción IX "Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho,"

Encubrimiento entre parientes o por motivos afectivos.

"Se trata desde un punto de vista técnico de una inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta aunque debemos tener presente que el encubrimiento por motivos afectivos o de parentesco por favorecimiento (simple ayuda al infractor), previsto por el artículo 400 del Código Penal Vigente; es el productor de la inculpabilidad , pues el encubrimiento por receptación (cuando se recibe o el tercero se beneficia con los productos de la acción delictual, no opera tal inculpabilidad". (8)

Por lo que si los parientes participaron efectivamente en el tráfico de menores recibiendo un beneficio económico, se ubicaron en la hipótesis delictiva del encubrimiento.

(7) GONZALEZ Quintanilla , José Arturo. Ob. Cit. Pág. 398

(8) GONZALEZ Quintanilla, José Arturo. Ob. Cit. Pág. 409 y 410

3.- La punibilidad, su ausencia, autoría y participación.

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena.

En el delito de tráfico de menores, el tutor que otorga su consentimiento, el que entrega al menor y el que lo recibe de manera definitiva, se hacen acreedores a una pena de dos a nueve años de prisión y de doscientos a quinientos días multa.

Además quién haya otorgado el consentimiento de quién tiene la patria potestad o custodia del menor entregado, además se le privará de tales derechos.

Pero si la entrega definitiva del menor se hace sin la finalidad de un beneficio económico la pena para el que lo entrega será de uno a tres años de prisión.

Para el tercero que lo recibió, si lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de la incorporación la pena se reducirá hasta en una cuarta parte de la aplicable de uno a tres años de prisión.

Ausencia de punibilidad.

Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho , impiden la aplicación de la pena . En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito (conducta o hecho, antijuricidad y culpabilidad) permanecen inalterables, solo se excluye la posibilidad de punición.

Excusa absoloutoria por graves consecuencias sufridas.

Art. 55 ° Cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona o por su senilidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el juez, de oficio o a petición de parte motivando su resolución, podrá prescindir de ella o sustituirla por una medida de seguridad. En los casos de senilidad o precario estado de salud, el juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos

Básicamente en esta hipótesis podrían caer los padres o tutores del menor por una grave enfermedad sufrida sin tener recursos y un futuro cierto para su menor hijo.

La tentativa.

Conforme al artículo 12 del Código Penal, “ Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.....”

Por lo que si en el delito de tráfico de menores , alguno de los sujetos activos se desistiere de la consumación total por alguna causa ajena a lo previsto por los mismos , es decir, que alguna otra persona se los hubiere impedido o bien que no se haya pagado el precio del tráfico, etc. Entonces se les impondrán las penas previstas por el artículo 63 de la propia ley.

La participación

Consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo penal requiera esa pluralidad.

En el caso del delito de tráfico de menores, se podría hablar de todo un conjunto de personas, que bien podrían ser familiares, que además de obtener ayuda para la comisión del delito otorgándoles los medios de transporte,

SECRETARÍA DE JUSTICIA
DE LA FEDERACIÓN

alimentación etc. , es decir , caerían en la hipótesis delictiva si llevaran actos ejecutivos para la consumación del delito de tráfico de menores.

Grados de participación

Autores . Son los ejecutores de una conducta física y psíquicamente relevante, como lo son , el titular de la patria potestad o custodia , el que entrega al menor al tercero, y el tercero que es el que recibe al menor de manera definitiva e ilegítima.

Coautor. Si varios lo originan reciben el nombre de coautores.

Cómplices : Son los auxiliares indirectos.

Instigación. Cuando el sujeto quiere el hecho (otorgar al menor, entregarlo o bien recibirlo de manera definitiva) , pero lo quiere producido por otro.

Determinación o provocación.

Se da cuando el sujeto únicamente aprovecha la idea ya existente en otro, realizando actos o procurando consejos con fuerza de convencimiento para reforzar la idea inicial y orillar a la ejecución del delito

CAPITULO TERCERO



LA SUBROGACION DE VIENTRES EN EL DERECHO COMPARADO Y SU TRATAMIENTO

CAPITULO TERCERO

La subrogación de vientres en el derecho comparado y su tratamiento

La subrogación de vientres o gestación humana por cuenta de otra, supone tres hipótesis a saber.

Primera.- Subrogación homóloga: donde el embrión de la pareja es implantado en el útero de otra mujer , quién llevará a cabo la gestación durante los siguientes meses restantes (once aproximadamente) y dará a luz , al hijo de la pareja que por razones de infertilidad no pueden llevar a cabo la gestación de su menor hijo.

Segunda.- Subrogación heteróloga: donde la madre subrogada o contratada para gestar , además aporta su óvulo (gameto femenino) y acepta ser inseminada con espermatozoides de un hombre que no es su esposo, conviniendo que al término de la gestación se le hará entrega a éste del menor hijo.

Tercera.- Subrogación por donación : cuando se reciben por la pareja estéril, un embrión donado con la intención de asumir el embarazo y la paternidad del nacido.

1.- En países europeos.

El consejo Europeo auspicio la reunión del Comité de expertos sobre el progreso de las ciencias biomédicas, en su reunión recomendó para la subrogación heteróloga en su artículo 16, que debía autorizarse siempre y cuando a) se realice sobre una base exclusivamente benévola. b) la madre subrogada tuviese la opción de quedarse con el niño y c) cualquier acuerdo sobre renuncia al niño fuese nulo. En lo que respecta a la subrogación homóloga propone que como esta es menos grave se debe hacer acreedora a un tratamiento mas favorable siempre y cuando sea una prestación personal de carácter gratuito.

Francia e Italia, en sus respectivos proyectos de ley, nos hablan de la distorsión deshumanizadora que no respeta el valor de la maternidad y el peligro de autorizar una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino, añadiendo la situación desfavorable de la mujer en el mercado de trabajo. Se trata de una práctica inadmisibile en una sociedad democrática y justa.

En Australia, especialmente en el Estado de Victoria es el único que ha legislado expresamente hasta la fecha tipificando como delito : " el dar o recibir, o prometer dar o recibir pago, por ayudar a la realización de un contrato de

maternidad subrogada o contratar el mismo". Con lo que se desprende que la maternidad subrogada de manera gratuita no constituye un delito.

Reino Unido e Irlanda del Norte, prohíbe y castiga como delito la publicidad, así como la gestión comercial encaminada a fomentar o cooperar en la formulación de acuerdos y contratos de maternidad subrogada. No comprende a la madre sustituta, ni a la pareja que reclama el servicio, ni al médico. Tampoco castiga a la intervención gratuita de tercero en este tipo de convenios.

En España el informe Palacios presentado por el partido Socialista Español ante la Cámara de Diputados, propone que deberá prohibirse la gestación en cualquier circunstancia, deberán ser objeto de sanción penal o del tipo que procediera, las personas que participen en un contrato de gestación por sustitución, aún cuando no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que lo propicien y los equipos médicos que los realicen. Si a pesar de todo se realiza la gestación y hay descendencia entonces, la madre será la gestante, siendo los hijos registrados como sin padre, pudiendo los jueces valorar la circunstancia de la madre y la posible solicitud de paternidad. (recomendaciones 115 y 116). Actualmente no existe sanción penal a esta conducta más sin embargo se regula específicamente en la Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida donde establece su regulación, así como la donación de preembriones (los embriones antes del día

catorce de su implantación en el útero materno) Art. 5 "La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta ley es un contrato gratuito, formal, secreto concertado entre el donante y el centro autorizado....." También lo establece la ley 42/1986 de 28 de Diciembre, sobre donación y utilización de gametos humanos y la de los óvulos fecundados y en desarrollo, in vitro o in vivo, hasta el día 14 que sigue a su fecundación, se hará en los términos que establece la ley sobre técnicas de reproducción asistida y las disposiciones que se desarrollen."

2.- En países de América Latina.

En América Latina no existen leyes relativas a la subrogación de vientres o maternidad sustituta, mas sin embargo si hay una variedad de proyectos presentados en diversos congresos locales.

En Argentina el proyecto de Julio Cesar Romano Norri, que propone agregar al Código Penal el artículo 146 bis para reprimir con reclusión de dos a diez años e inhabilitación para ejercer su profesión por igual tiempo, al médico, o científico que realizara los siguientes experimentos o manipulaciones "h.- Cuando participe con experimentos donde una mujer , ya fuere por dinero o

especie , alquilare su útero para ser fecundada mediante los sistemas de inseminación artificial, o en el caso en que dicha mujer aceptare idénticas remuneraciones , para que se le implanten en su útero ovocitos fecundados in vitro con espermatozoides perteneciente a un tercero con el cual no haya tenido relaciones sexuales ni voluntad parental. En igual pena incurrirá la madre portadora y la pareja estéril que hubiere celebrado dicho convenio.”

Sin embargo el Código Civil de este país reconoce su existencia y no lo califica como delito, más sin embargo regula la filiación en este sentido, admitiendo que en las "acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte. Lo que se deduce que se admiten pruebas en contrario respecto a la filiación del hijo nacido de quién lo gestó y dio a luz (iuris tantum).

Artículo 256 del Código Civil Argentino “ La posesión de estado debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo valor que el reconocimiento expreso, siempre que no fuere desvirtuado por prueba en contrario por el nexos biológico”.

Artículo 253 “ En las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas , incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte”.

Con lo que se afirma en el sistema jurídico Argentino la posibilidad de demostrar, mediante el método de histocompatibilidad quienes son en realidad las personas que han dado su herencia genética al menor hijo.

En Congreso Hispanoamericano de Derecho de familia de 1987 , el maestro Zannoni expuso que la inseminación de una madre portadora, como la implantación de un embrión en otra mujer, existe una obligación de entregar al niño luego de su nacimiento.

Los criterios legislativos de Estado Unidos de América han sido diversos ya que es en este país donde se da por vez primera la subrogación de vientre en el año de 1975 en el que se solicitó por medio del periódico a una mujer para ser inseminada artificialmente mediante remuneración y a favor de la pareja estéril, siendo el término únicamente ubicado a la inseminación con ovulo propio de la mujer contratada.(19)

El interés legislativo más que prohibir penalmente esta práctica se ha enfocado a su regulación del pago de las madres subrogadas, consentimiento, filiación, pago o carácter gratuito de la subrogación, etc.

En México no existe regulación específica sobre el tema , más sin embargo hace alguna alusión tibia la Ley General de Salud en el artículo 466 " Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años , si no se produce el embarazo como 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 del cónyuge”.

El Código Penal para el Estado de Chihuahua dispone en su artículo 248 “Al que sin consentimiento de una mujer mayor de edad o con el consentimiento de una menor no emancipada o de una incapacitada, practique en ella inseminación artificial , se le aplicará prisión de uno a cinco años y suspensión en su caso, de uno a tres años en el ejercicio de su profesión.”

El Código Civil para el Distrito Federal , con las recientes reformas realizadas sobre filiación, establece que contra la presunción de la filiación se admiten como pruebas la de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudieren ofrecer.

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba con su cónyuge, mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.

En cuanto a la acreditación de la filiación extramatrimonial, esta se establece por el reconocimiento del padre, de la madre o de ambos o por una sentencia ejecutoriada

CAPITULO CUARTO



LAGUNA LEGAL EN EL DESARROLLO BIOGENETICO

CAPITULO CUARTO

Laguna legal en el desarrollo biogenético.

1.- Avance de la biogenética y filiación para el establecimiento del vínculo consanguíneo establecido entre los padres genéticos y la madre subrogada.

Hasta hace poco era irrelevante en materia jurídica la división entre la fecundación , gestación y parto, en el sentido que todas ellas se catalogaban como seres indiscutiblemente de la madre que da a luz, así el Derecho Romano en palabras de Paulo "mater semper certa est" (1)

Actualmente la fecundación (fusión de gameto femenino y masculino) se puede llevar a cabo de manera extracorpórea con la finalidad de implantar el cigoto en el (útero) vientre de una tercera persona (la madre que gestará al nuevo ser) dando a luz a un niño genéticamente compatible con los que aportaron el cigoto (material genético). (2)

A este tipo de maternidad subrogada es la única que verdaderamente lo es, en el sentido de que tratándose de la subrogación heteróloga , el gameto

(1) BOSSET – Zannoni , Régimen legal de filiación y patria potestad. Pag.24-25

(2) MORENO- Luque Casariego, " La filiación a finales del siglo XX, Pag. 436-437.

femenino es aportado por la madre subrogada, por lo que el producto de la concepción es también verdaderamente su hijo genético.

Y tratándose de la donación de un cigoto ajeno a la pareja gestante como tercera hipótesis presupone que no son los verdaderos padres genéticos, siendo esta tema materia de estudio aparte, por el tráfico de embriones y material genético que también todavía no es regulado

Las soluciones adoptadas por diversos países son de dos tipos, una que admite la posibilidad de conocer el verdadero origen del menor nacido bajo este avance tecnológico, y otro que no permite su investigación. El sistema en base a la presunción legal que no admite prueba en contrario (*iuris tantum*) se les denomina sistemas cerrados y a los que admiten prueba en contrario (*iure est de iure*) se les denomina abiertos.(3)

La filiación proviene del latín *fillius* = hijo, el cual establece un vínculo entre el hijo y la familia.

Argentina tiene un sistema para el establecimiento de la filiación abierto, en el sentido de que en el artículo 256 de su Código Civil, "La posesión de estado debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo valor que el reconocimiento expreso, siempre que no fuera desvirtuado por prueba en contrario por el nexo biológico"

(3) Zannoni, Derecho de Familia, t. II, Pág. 314, 336-337.

Artículo 253 “ En las acciones de filiación se admitirán todo tipo de pruebas , incluso las biológicas , las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte.”

El Código Civil de Guatemala adopta un sistema cerrado , ya en su artículo 210 dice “ Cuando la filiación no resulte del matrimonio ni de la unión de hecho registrada de los padres, se establece y se prueba , con relación a la madre , del sólo hecho del nacimiento.

El Código Civil Cubano en su artículo 76 dispone un sistema también cerrado ya que expresa “ la maternidad quedará probada por el hecho del parto y de la identidad del hijo”.

Código Civil Mexicano , artículo 360 “ La filiación también se establece por el reconocimiento del padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que así lo declare”

Código Civil Peruano , artículo 376 “ Cuando se reúnan a favor de la filiación matrimonial la posesión constante de estado y el título que dan las partidas del matrimonio y nacimiento, no puede ser contestada por ninguno, ni aún por el mismo hijo”

Código Civil Italiano, artículo 278 " La investigación de la paternidad o la maternidad no se admiten, en el caso de que el reconocimiento de los hijos incestuosos este prohibido".

Código Civil de Paraguay, artículo 234 " La investigación de la maternidad no se admitirá cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada, salvo que éste hubiese nacido antes del matrimonio".

Código Civil de Brasil , artículo 364 " La investigación de la maternidad no se permite , cuando tenga por fin atribuir prole ilegítima a mujer casada o incestuosa a una soltera".

Código Civil de Ecuador , artículo 271 " Las acciones para investigar la paternidad o maternidad no prescriben sino por el transcurso de diez años, que se contarán a partir de la mayoría de edad del hijo".

Código Civil de Honduras , artículo 117 " La persona que se considere con el derecho de inscribir como suyo al hijo reconocido previamente por otra persona, en virtud de considerarse su verdadero progenitor, podrá en cualquier tiempo establecer la acción conducente a este fin".

Código Civil de Paraguay , artículo 240 “ La filiación aunque sea conforme a los asientos del Registro Civil, o a los Parroquiales , en su caso, podrá ser impugnada por el padre o la madre, y por todo aquel que tuviera interés actual en hacerlo , siempre que se alegare parto supuesto, sustitución de hijo , o no ser la madre del hijo que pasa por suyo”

El Código Civil de Paraguay y Uruguay , artículos 240 y 224 respectivamente dicen “ La filiación del que el hijo esté en posesión , aunque sea conforme a la partida de nacimiento o bautismo, puede ser contestada en razón de parto supuesto. o por haber habido sustitución del verdadero hijo o, en realidad. por no ser la mujer la madre propia del hijo que pasa por suyo ”

Código Civil de Argentina , artículo 256 “ En las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte”. Artículo 253 “ El derecho de reclamar la filiación o de impugnarla no se extingue por prescripción ni por renuncia expresa o tácita, pero los derechos patrimoniales ya adquiridos están sujetos a prescripción.”

Polonia dispone en su legislación de nacionalidad que madre es aquella que pare al niño.

El Código de Familia de Bulgaria dice el artículo 31 que " la maternidad se determina a través del nacimiento , aunque el hijo se haya concebido con material genético de otra mujer ".

En la ley Australiana menciona con relación al hijo procreado artificialmente , que madre es aquella mujer a la que se implanta el óvulo.

2.- Factibilidad de la penalización de la subrogación de vientres con un fin lucrativo y consecuente despenalización en esta hipótesis por el avance científico y por la necesidad de la madre estéril a procrear para de este modo asegurar la continuidad de su familia.

Conforme a las normas jurídicas vigentes en México , podemos asegurar que todo fin lucrativo que se persiga con el uso y disponibilidad del cuerpo humano es reprobado por nuestro derecho positivo. en el sentido de que es sancionable aún administrativamente por ejemplo el ejercicio de la prostitución, la venta de la sangre humana, la venta de órganos humanos etc. Por tanto aún cuando no existe la regulación jurídica a esta nueva forma de conducta, la misma no puede ser reconocida como una conducta aceptada por el Derecho Penal, y no propiamente en el sentido de que sea sancionable la subrogación de vientre en si misma , sino los efectos que esta llegue a tener , como la entrega como fin último del recién nacido a sus verdaderos progenitores , de

donde es evidente el tráfico de menores en cualquier tipo de subrogación , bien sea homologa u heteróloga (4) , aún cuando se llevara a cabo la sustitución legal por medio del registro público, el cual caería en los supuestos de defraudación registral previsto por el artículo 277 del Código Penal que dice “ Se impondrán de uno a seis años de prisión y multa de cien a mil pesos a los que con el fin de alterar el estado civil incurran en alguna de las infracciones siguientes:

I.- Atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre.

II.- Hacer registrar en las oficinas del registro civil un nacimiento no verificado;

III.- A los padres que no presenten a un hijo suyo al Registro con el propósito de hacerle perder su estado civil, o que declaren falsamente su fallecimiento o lo presenten ocultando sus nombres o suponiendo que los padres son otras personas;

IV.- A los que sustituyan un niño por otro, o cometan ocultación de infante , y

V.- Al que usurpe el estado civil de otro , con el fin de adquirir derechos de familia que no le corresponden.

(4) García Mendieta, Fertilización extracorpórea: Aspectos legales, en rev."Ciencia y desarrollo", México, CONACYT. Nov-Dic 1985, año XI pág. 39

La penalización del tráfico de menores esta establecida en la ley penal vigente, la cual toda conducta que tienda a el otorgamiento del hijo propio o bien de quién tenga la custodia del menor , aún cuando esta no haya sido declarada judicialmente, merece una sanción penal, pero esta es mayor, cuando existe un tercero que se encarga de la intermediación, tanto para el tercero , como para el padre , madre o quién tenga a su cargo al menor.

La pena se reduce sensiblemente cuando no haya mediado lucro, y cuando aquel que recibe el menor pruebe que lo hizo para incorporarlo a su seno familiar para otorgarle todas las consideraciones de un hijo; de donde se desprende que el ánimo de lucro es de vital importancia en la penalización de la conducta que se encuadre en el tipo penal de tráfico de menores. (5)

Ahora bien , si consideramos que el derecho penal sanciona conductas criminales intencionales o no intencionales , es bien sabido que cuando una conducta es intencional , conlleva a querer o aceptar los resultados impuestos por la norma jurídico penal y que necesariamente la voluntad consciente y directa a causar un daño en el bien jurídico tutelado; más sin embargo debemos considerar que si bien el derecho civil no reconoce este tipo de filiación de los padres que otorgan el material genético y que dirigen toda su

(5) Las nuevas formas de nacer, en rev. " Conocer", Madrid, Jul.1985 No. 30 pag.37

conducta consciente a el desarrollo (no concepción) del menor y su posterior nacimiento, no es posible , que dicha conducta de querer ser padres por medio de los adelantos científicos de esta era y su factibilidad, sea sancionada como tráfico de menores cuando puede probarse el nexo biológico con el menor recibido (autenticidad de ser su propio hijo) , con lo que el bien jurídico tutelado queda inhabilitado en el sentido de que no existe tal transgresión a la esencia de la ley. Asimismo el derecho penal prevé la sanción para la prevención de la delincuencia , y nos podríamos preguntar ¿qué perfil criminal tendrá quién solicita a una persona cercana a ellos (hermana, madre, tía, amiga íntima) que pueda desarrollarse en su vientre el hijo que no pueden patológicamente llevar su gestación?, así como, quién acepta ser la madre sustituta con el ánimo de ayudar a quién se lo solicitó ¿Tenga un perfil criminal?. (6)

Estamos hablando de la subrogación homóloga , donde el cigoto es enteramente de la pareja estéril porque tratándose de la subrogación heteróloga constituye un verdadero tráfico de menores , toda vez que la madre sustituta , además aporta el 50% de material genético al menor al momento de fecundar a su propio óvulo con espermatozoides de un tercero , por lo que llegado el nacimiento es propiamente su hijo el que entregaría, sujetándose a la normatividad jurídica del tráfico de menores con sus modalidades.

(6) CARRANCA y Rivas Raúl. Código penal anotado. Pág. 32

3.- Proyecto de adición al Código Penal Vigente.

Adición al artículo 366 ter.- Al que con el consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quién tenga a su cargo la custodia de un menor, aunque esta no haya sido declarada, ilegítimamente lo entregue a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico se les aplicará pena de prisión de dos a nueve años y de doscientos a quinientos días multa. *Tratándose de subrogación materna heteróloga, además se le suspenderá al médico de su licencia médica para ejercer su profesión durante un lapso no menor a tres años y no mayor de cinco años, y si se tratare de una clínica médica se procederá a su cierre definitivo. La pena se aumentará hasta en tres años más si la subrogación materna homóloga o heteróloga se lleva a cabo en calidad de madre sustituta, utilizando el cuerpo de una menor de edad, incapaz o que no tenga la aptitud de comprender la relevancia de la conducta o para resistirse al agente.*

Si la entrega definitiva del menor se hace sin la finalidad de obtener un beneficio económico, la pena aplicable al que lo entrega será de uno a tres años de prisión, *excepto en el caso de subrogación materna homóloga por incapacidad patológica de la madre genética, para gestar.*

Si se acredita que quién recibió al menor lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación , la pena se reducirá hasta la cuarta parte de la prevista en el párrafo anterior.

Cuando en la comisión del delito no exista el consentimiento a que se refiere el párrafo primero, la pena se aumentará hasta el doble de la prevista en aquél.

Además de las sanciones señaladas, se privará de los derechos de patria potestad, tutela o custodia, en su caso, a quienes teniendo el ejercicio de éstos, cometan el delito a que se refiere el presente artículo , *salvo en los casos de subrogación materna homóloga o heteróloga, en los cuales se decidirá la entrega del menor en base a su filiación y la mayor conveniencia del menor para su mejor integración familiar.*

Conclusiones.

Es inevitable el avance y desarrollo tecnológico. Lo que le corresponde al Derecho es lograr la regulación de conductas no previstas que hasta hace algunos años eran impensables. La regulación jurídica debe llevarse a cabo mediante la mayor objetividad posible, en el sentido de que la pareja que desee tener un hijo propio por medio de la madre sustituta, ésta deberá ser siempre por la imposibilidad natural de poder gestar un hijo, con lo que se desvirtuaría todo aquel intento de no querer pasar por las molestias de un embarazo.

Asimismo se regularía claramente el evidente tráfico de menores con la conducta de la subrogación materna heteróloga.

La finalidad del derecho es la regulación de conductas tutelando los derechos de la población en sus diversas manifestaciones, a decir, vida, propiedad, libertad, seguridad etc. Por lo que ante un inevitable desarrollo tecnológico – biológico, es necesaria una normatividad que equilibre los intereses generales y asegure el desarrollo armónico de los menores nacidos y padres que se ubican en estos supuestos jurídicos

BIBLIOGRAFIA

- ARROYO, De las Eras, Alfonso. Manual de Derecho Penal "El delito"
Editorial Aranzadi, Pamplona, España. 1985. 815 pp
- BORDA, Guillermo A. "Tratado de Derecho Civil". Familia II, Octava
Edición Editorial Perrot, Buenos Aires Argentina 1989; 383pp.
- BOSSET, Zannoni. "Régimen legal de filiación y Patria Potestad" 5ª.
Edición, Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1990. 583 pp.
- CARRANCA y Rivas, Raul , "Código Penal Anotado" vigésima primera
Edición, Editorial Porrúa , México D.F. 1998, 1208 pp.
- CASTELLANOS Tena , Fernando. "Lineamientos Elementales de
Derecho Penal Editorial Porrúa S. A. 25ª. Edición, México, D.F,
1991 , 347 pp.
- CHAVEZ , Asencio Manuel F "La Familia en el Derecho" Derecho de
Familia y relaciones Jurídicas familiares. Cuarta Edición, Editorial
Porrúa, México 1997; 547pp.
- CHAVEZ, Asencio Manuel F. "Matrimonio" Compromiso Jurídico de vida
conyugal. Editorial LIMUSA, México 1988; 85pp.
- DIEZ-PICAZO, Luis. "Familia y Derecho". Primera edición, Editorial Civitas
S.A. 1984, 262pp.
- DONNA, Edgardo Alberto. "Teoría del Delito y de la Pena" Editorial Astrea
Buenos Aires , Argentina, 1992, 269 pp
- ENCICLOPEDIA Jurídica Omeba, Tomo XXI Esta-Fami, Editorial Bibliográfica
Argentina 1974; 1004 pp.

- GARCIA . Mendieta, "Fertilización extracorpórea: aspectos legales" en revista "Ciencia y Desarrollo" México D.F. CONACYT Noviembre-Diciembre 1985 , año XI 75 pp.
- GONZALEZ Quintanilla, Jose Arturo. "Derecho Penal Mexicano" 4ª. Edición. Editorial Porrúa. México, D.F. 1997, 1027 pp
- LOPEZ Betancourt Eduardo, "Teoría del delito" 7ª. Edición. Editorial Porrúa S.A. , México, 1999, 313 pp.
- LOPEZ Betancourt Eduardo, "Delitos en particular, Tomo I, 5ª. Edición. Editorial Porrúa S.A. , México 1998, 415 pp.
- LOYARTE, Dolores, Adriana E. Rotonda, "Procreación humana artificial: Un desafío Bioético". Ediciones de Palma, Buenos Aires 1995; 528pp
- MARTINEZ, López, Antonio José. "Delitos contra el Menor y la Familia" Ediciones Librería del profesional, Bogotá , Colombia, 1986, 352 pp.
- MENDEZ, Acosta María Josefa y Daniel Hugo de Antolín. "Derecho de Familia" Tomo I, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe Argentina 1994; 209 pp.
- MENDEZ, Acosta María Josefa "La filiación" Editorial Rubinzal y Culzoni Santa Fe Argentina 1986; 234pp.
- MONTERO, Duhalt Sara. "Derecho de Familia" Quinta edición. Editorial Porrúa México D.F. 1992, 429pp.
- MORENO, Luque , Casariego. "La Filiación a Finales del Siglo XX" Editorial Astrea, Buenos Aires , Argentina. 1995, 786 pp.

- PAVON, Vasconcelos , Francisco. "Derecho Penal Mexicano", Editorial Porrúa, S.A. , México, D.F., 1994, 596 pp.
- POLAINO, Navarrete , Miguel, "Derecho Penal, Parte General" Tomo I, Editorial Boch, 3ª. Edición, Barcelona España, 1996, 579 pp
- REYES, Echandia, Alfonso. "Derecho Penal" Editorial Temis, S.A. 10ª. Edición Bogotá , Colombia, 1990 , 328 pp.
- ROJINA, Villegas Rafael. "Compendio de Derecho Civil I" Vigésima primera Edición, Editorial Porrúa, México D.F. 1986; 535pp.
- RUGGIERO De, Roberto. "Instituciones de Derecho Civil" Tomo II, Volumen II Instituto Editorial REUS, Madrid España 1991; 436pp.
- SCHNEPP, Gerald Joseph. "Por el Matrimonio hacia Dios" Primera Edición, Ediciones Morata, Madrid España 1961, 145pp.
- SOTO, Lamadrid Miguel Angel. "Biogenética, filiación y delito" Editorial ASTREA De Alfredo y Ricardo De Palma, Buenos Aires Argentina 1990, 573pp.
- TURBET, Silvia. "Mujeres sin sombra. maternidad y tecnología" Primera edición Siglo XXI Editores, Madrid España 1991; 436pp.
- PLINER, Adolfo. "El nombre de las personas" Segunda edición, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, Buenos Aires Argentina 1989; 427pp.
- YAGO, Simón Teresa, Javier Segura del Pozo, "Infertilidad y Reproducción Asistida". Editorial Biblioteca Nueva, Madrid España 1997, 310pp.

ZANNONI, "Derecho de Familia" Editorial Perrot, Buenos Aires, Argentina 1989, 586 pp.

ZARRALUQUI, Luis. Procreación asistida y derechos fundamentales" Editorial Tecnos S.A. 1988; 189pp.