493

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

CAMPUS ARAGON

RESPONSABILIDAD PENAL DE LA FECUNDACION IN-VITRO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

YISEL ERENDIRA VARELA DE MOYA

ASESOR. LIC. PRUDENCIO JORGE GONZALEZ TENORIO

SAN JUAN DE ARAGON ESTADO DE MEXICO 2002

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Universidad Nacional Autónoma de México
UNAM
Biblioteca Central
Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

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.

PAGINACIÓN

DISCONTINUA

A DIOS
Por iluminarme e indicarme siempre el camino correcto en todo momento

A MIS PADRES CARMEN Y JORGE
Por darme su vida y hacer de mi un ser independiente capaz de realizar todos sus sueños, por toda su fortaleza para sobrevivir a toda adversidad y mas que todo por su amor

A MIS ABUELAS NENA Y MACRI
En donde quiera que estén por haber sembrado en mí los mejores valores y principios indicadome siempre el camino

A GLORIA
Por escucharme y brindarme siempre todo su amor y apoyo

A MIS HERMANOS JORGE Y GINA
Por ser excelentes hermanos

A LIC. RAMIRO VALLEJO GUTIERREZ
Por ser la luz en mi corazón,
Por su amor y
Por todo su apoyo para la realización de este gran sueño

A LIC. ALEJANDRO VARELA R.
Mi ejemplo a seguir

A MIS AMIGOS
Margarita, Adriana, Anabel, Sully, Paco, Miguel, Isidro y Moises por su sincera amistad

A MIS ASESORES
LIC. RAFAEL GUERRA ALVAREZ
Y LIC. PRUDENCIO J. GONZALEZ
Por haberme guiado en la realización de esta tesis

A LA UNIVERSIDAD
Mi alma mater

A LA ENEP ARAGON Y SUS VALIOSOS CATEDRATICOS
Por otorgarme una excelente formación profesional

INDICE

INTRODUCCIÓN	**1**
CAPITULO I "CONCEPTOS GENERALES"	**1**
1.1. DEFINICIÓN DE FECUNDACIÓN	**2**
1.2. DEFINICIÓN DE CONCEPCIÓN	
1.3. DEFINICIÓN DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA	**3**
1.4. FECUNDACIÓN IN-VITRO Y TRANSFERENCIA DE EMBRIÓN	**4**
1.4.1. PREEMBRION	**6**
1.4.2. EMBRIÓN	**9**
1.4.3. CRIOPRESERVACION Y/O CONGELAMIENTO DE EMBRIONES	
1.5. SUJETOS DE LA FECUNDACIÓN	**10**
1.5.1. MUJER	**11**
1.5.2. VARON	
1.5.3. DONANTE	**12**
1.6. CONCEPTO DE DELITO	
1.6.1. CONCEPTO DE PENA O SANCION	**14**
1.6.2. CONCEPTO DE VIDA	**15**
1.6.3. CONCEPTO DE MUERTE	**16**
1.6.4. CONCEPTO DE HOMICIDIO	**17**
1.6.5. CONCEPTO DE ABORTO	**18**
CAPITULO II "HISTORIA"	**20**
2.1. HISTORIA DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA	**21**

2.1.1. FECUNDACIÓN IN-VITRO 24

PRINCIPALES ACONTECIMIENTOS HISTORICOS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA (CUADRO 1) 29

2.1.2. HISTORIA DE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA 30

2.1.3. HOMICIDIO 32

2.1.4. ABORTO 42

2.1.5. INFANTICIDIO 51

CAPITULO III "FUNDAMENTOS LEGALES DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA". 57

3.1. CONSTITUCIÓN 58

3.2. LEY GENERAL DE SALUD 59

3.3. CODIGO CIVIL 61

3.4. CODIGO PENAL 62

CAPITULO IV "RESPONSABILIDAD PENAL DE LA FECUNDACIÓN IN-VITRO" 65

4.1. EMBRIONES Y LA FECUNDACIÓN IN-VITRO 66

4.1.2. CONGELACIÓN DE EMBRIONES 74

4.1.3. EMBRIONES SOBRANTES 76

4.2. OBJECIÓN A LA FECUNDACION IN-VITRO 79

4.3. ABORTO U HOMICIDIO 84

4.4. CASO PRACTICO DEL DR. AGUILAR 89

CONCLUSIONES 94

GLOSARIO 100

BIBLIOGRAFÍA 104

INTRODUCCION

Los avances científicos y tecnológicos han sobrepasado a nuestra ciencia jurídica, lo cual ha ocasionado la falta de regulación para casos concretos que carecen de estructuras jurídicas o la creación de instituciones que los regulen, tal es el caso de la Reproducción Asistida. En la actualidad, quien cree que la única forma de tener descendencia es la reproducción biológica o la adopción, se equivoca, ya que en las ultimas décadas se ha visto el advenimiento de intervenciones de alta tecnología como medicamentos de fertilidad, fertilización in-vitro, donantes de óvulo, de esperma, de embriones y vientres de alquiler e incluso están en desarrollo avances aún más tecnificados como la transferencia de núcleos celulares, la división embrionaria y la clonación de humanos. Estas técnicas se agrupan bajo el nombre de Reproducción Asistida y en un futuro cercano este tipo de reproducción cambiará el concepto que se tiene de familia y modificara por completo la protección a la vida.

Estas técnicas desarrolladas para asistir al proceso de reproducción, son logros científicos de este siglo que seguramente van a incidir más hondamente en el futuro del hombre. Cada uno de ellos ofrece posibilidades notables de contribuir al bienestar, pero también a la desviación y la catástrofe, si no prevalece la prudencia en la aplicación y perfeccionamiento de esas conquistas.

El derecho debe jugar un importante papel encauzador en la labor de la reproducción asistida y en su noble papel destinado a ayudar al hombre a tener descendencia, tanto para señalar su marco legal, así como para señalar los requisitos de aplicación de éstas, de manera que permita dar buen orden a las relaciones familiares, he imponga límites a la manipulación de gametos y embriones pero principalmente que defienda ante todo la protección al derecho a la vida.

La búsqueda de límites éticos, en torno a la posibilidad de congelar embriones o descongelar embriones, implica, en definitiva, buscar en los rasgos esenciales de la condición humana y hasta poner bajo el análisis el concepto mismo de persona y el atentado contra la vida humana.

Las técnicas de Reproducción Asistida, necesitan una regulación que no tienda a limitarlas sino a garantizar el uso adecuado de ellas.

En la actualidad, el derecho a la vida no se encuentra totalmente protegido como pudo ocurrir hace algún tiempo debido a los numerosos problemas que existen en la actualidad. Los problemas más importantes a los que se presenta el derecho a la vida, son con relación al comienzo y al final de la misma.

La defensa del derecho a la vida ha sido absoluta hasta que la biología y la medicina comenzaron a "manipular el comienzo y el fin natural de la vida

humana por medios artificiales". A partir de ese momento se ve la necesidad de crear un estatuto jurídico de la vida humana, en el cual se tutelen realmente los derechos del ser por nacer considerando que desde la fecundación del óvulo la vida humana se desarrolla de manera continua.

Para comprender la importancia del embrión, debemos intentar definir el derecho a la vida, por lo que podemos decir que es el "derecho a la propia existencia físico-biológica del ser humano, es decir es el derecho del que cada uno de los seres humanos es titular, por lo que no importa la capacidad o la viabilidad de ese individuo para ser poseedor del derecho.

En conclusión, el objeto sobre el que recae el derecho a la vida es a su preservación desde el comienzo de la misma hasta su terminación.

Esta tesis se desarrolla bajo la investigación de la aplicación de una de las técnicas de Reproducción Asistida, denominada "*fecundación in-vitro*, misma que con su aplicación pone en peligro el derecho a la vida, derecho constitucional que tutela el artículo 14 de nuestra carta magna que establece que nadie puede ser privado de la vida, sin embargo habría que cuestionarse si este aparato abarca el embrión.

Ahora bien el objetivo de la presente es realizar un estudio profundo, jurídico y médico para establecer si al aplicar la fecundación In-Vitro se atenta contra el derecho a la vida, y si los sujetos que intervienen en la aplicación de esta

técnica incurren en alguna responsabilidad penal, pues es bien sabido que el Derecho Penal en su legislación establece, previene, tipifica y sanciona diversos delitos contra la vida, y es de cuestionarse si el caso concreto se tipifica en dichos delitos ya establecidos en el Código Penal o en su caso de no ser así, proponer el tipo penal que regule y garantice la aplicación de la técnica "fecundación in-vitro". Ya que al existir una laguna en la ley, nuestro país se convierte en un paraíso de evasión genética; recordando que al no prohibirse nada, todo es permisible y lo que está en peligro es precisamente el derecho fundamental y pilar de los demás, el derecho a la vida del ser humano por nacer.

CAPITULO I

"CONCEPTOS GENERALES"

1.1. DEFINICION DE FECUNDACION

Es el acto mediante el cual los espermatozoides se adhieren al óvulo siendo solamente uno de ellos el que logra penetrar la densa capa que lo protege, dejando al entrar su cola afuera, fusionándose en este momento el material genético de la cabeza con el material genético del óvulo ocasionando con ello la fecundación.

1.2. DEFINICION DE CONCEPCION

Es la acción de concebir, que médicamente se establece como el acto mediante el cual el espermatozoide fecunda al óvulo.

La concepción se entiende médicamente como la fecundación del óvulo producido, en el momento en que un espermatozoide masculino se une con un óvulo femenino, esta posibilidad sólo existe de manera natural, durante el ciclo menstrual de la mujer, en las primeras 4-6 horas después de la ovulación; más tarde, el óvulo no puede ser fecundado. Si el coito tiene lugar poco antes o después de la ovulación, los espermatozoides pueden alcanzar el óvulo maduro en la trompa de Falopio. En breve tiempo, de 280 a 300 millones de espermatozoides nadan a través de la vagina, cuello del útero y matriz hacia la

trompa, sólo unos pocos cientos, los más resistentes conseguirán llegar a ella, y permanecer con vida durante unas 48 horas, y un solo espermatozoide, el más rápido, logrará atravesar la membrana del óvulo maduro; Artificialmente con ayuda de un especialista y en un laboratorio instrumentado para ello se puede realizar la concepción fuera de la matriz, ayudando al espermatozoide a fecundar el óvulo, en ese momento queda formada la célula originaria del nuevo ser, con todas sus características hereditarias, mitad de la madre, mitad del padre.

1.3. DEFINICION DE TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA

El término reproducción procede del verbo reproducir, así se puede definir como "acción o efecto de reproducir o reproducirse"[1]; Reproducirse es procrear una especie y procrear es engendrar, multiplicar una especie. Así pues, la expresión REPRODUCCION ASISTIDA, hace referencia a la obtención de nuevos individuos prescindiendo o sustituyendo el proceso natural de fecundación de la especie, mediante técnicas diseñadas por el hombre, aplicadas por profesionales para ayudar a gestar a las parejas que presentan problemas de esterilidad[2].

La definición de reproducción asistida se suele entender como el conjunto de técnicas que permiten la reproducción o procreación humana artificialmente,

[1] Según el Diccionario de la Lengua Española.
[2] Esterilidad: Imposibilidad de lograr la concepción después de dos años de relaciones sexuales formales con la finalidad de procrear.

esto es, fuera del cauce natural que consiste en la fecundación del óvulo[3], estas técnicas son: Inseminación Artificial, Fecundación In'Vitro, Creación de Bancos de Semen y Embriones, Maternidad por Sustitución y Transferencia Intratubárica de Gametos.

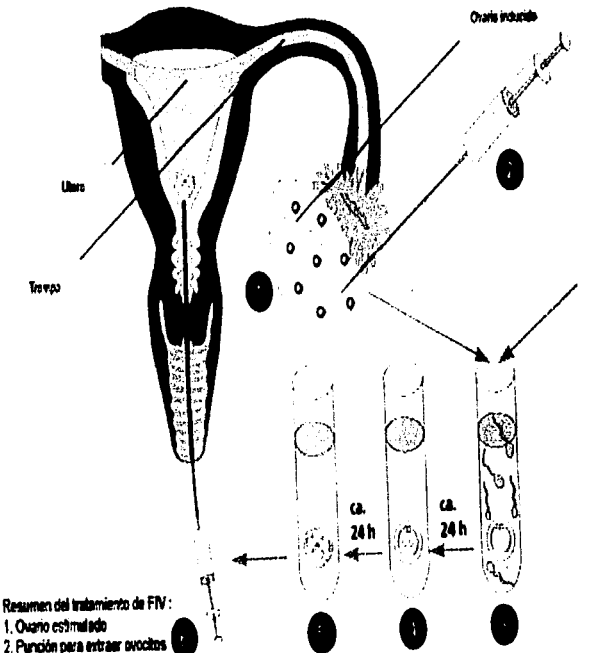
1.4. FECUNDACION IN-VITRO Y TRANSFERECIA DE EMBRION

La fecundación in-vitro, es el método de reproducción asistida que involucra la remoción quirúrgica de óvulos desde los ovarios de la mujer, los cuales son combinados con los espermatozoides en un laboratorio.

Es una técnica de reproducción asistida, consistente en facilitar la fusión del ovocito y del espermatozoide en el laboratorio en lugar de las trompas de falopio, es decir, se fecunda el óvulo de la mujer en el laboratorio al ser enfrentado con el espermatozoide; este óvulo fecundado, llamado célula, huevo, cigoto o embrión, es implantado luego en el útero de la mujer para continuar la gestación.

[3] BUSTOS PUECHE, J.E., "El derecho español ante las nuevas técnicas genéticas" pág. 992

FECUNDACION IN-VITRO



Resumen del tratamiento de FIV:

1. Ovario estimulado
2. Punción para extraer ovocitos
3. Unión del ovocito y espermatozoides
4. Pronúcleos, control microscópico
5. 4 células
6. Transferencia del embrión a la cavidad uterina o a la trompa

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La técnica de la Fecundación In- Vitro (FIV), requiere de la estimulación ovárica para que sean obtenidos muchos ovocitos, mismos que son fecundados de manera que van a estar disponibles más embriones, para así aumentar las posibilidades de embarazo. La respuesta a la estimulación de la ovulación se va a controlar mediante la monitorización de los niveles de estradiol y por la medición del crecimiento folicular con ultrasonido. En el momento en que este crecimiento sea correcto, los folículos son puncionados para aspirar su contenido y obtener los ovocitos. Estos ovocitos serán incubados con espermatozoides capacitados y si ocurre fecundación dentro de las primeras 48 horas, los embriones resultantes serán transferidos a la cavidad uterina, siendo solo tres los embriones que pueden ser implantados, crioconservando por medio de la congelación los embriones sobrantes[4].

1.4.1. PREEMBRION

El término **preembrión** designa al embrión en los primeros 14 días de su desarrollo[5]. Fue introducido por Edwars, pionero de la FIV, y contribuyó a su creación el **informe Warnock**[6]. En dicho informe, se argumenta que el día 14 es decisivo para el desarrollo embrionario, porque se dan dos hechos

[4] International Federation of Fertiliy Societies, "Convención Internacional sobre Procreación Asistida", Viena 1995.
[5] Existen diversidad de opiniones respecto a los número de días en que puede denominarse preembrión, ya que en algunos países consideran que es solo hasta el día 6 en que puede denominarse de esta manera, en otros establecen que son doce días e incluso hay naciones que no reconocen el término preembrión argumentando que lo correcto es denominar al producto embrión, desde el momento de la concepción ya que hay vida aun cuando el producto no sea viable.
[6] WARNOCK,M. A Question of life. The Warnock Report on Human Fertilization and Embryology, 1984, Blackwell, Oxford, 1993.

determinantes para la vida del embrión; la implantación en la mucosa uterina y el cese de la posibilidad de división del embrión para dar lugar a gemelos. El término preembrión supone la condición no humana de éste, basándose en la inviabilidad de que no se implante, la frecuencia de abortos espontáneos hasta esa fecha, y la posibilidad ya comentada de originar gemelos monocigóticos.

Hasta el día 14 de fecundación no se podrá afirmar que el embrión sea un hombre - embrionario- individual, y de esta forma se le podría tratar sólo como un simple cúmulo de células germinales con gran potencial de desarrollo.

Posteriormente, el término preembrión ha sido adoptado en las legislaciones sobre reproducción asistida y embriología humana en algunos países y por diversos organismos. Así, en un informe publicado en 1990 por el Comité ético de la Sociedad Americana de Fertilidad, se define preembrión como aquella entidad viva, única desde el punto de vista genético, estadísticamente con potencial para implantarse, si es expuesto a un útero receptivo, y ser alumbrado como un niño recién nacido. Comprende los estadios de cigoto, mórula, y blastocito. Reservan el término embrión para el rudimento del ser en su totalidad, que aparece por primera vez en la segunda semana después de la fertilización o la transferencia del mismo.

EMBRION HUMANO

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.4.2. EMBRION

Se denomina embrión al resultado de la fecundación del óvulo con un espermatozoide una vez llegado el quinceavo día de desarrollo, momento en que deja de ser preembrión, para convertirse en embrión, ya que ha culminado la anidación y se ha incrementado la organogénesis o formación de los órganos humanos y ha aparecido la corteza cerebral, esta etapa tiene una duración de unos dos meses y medio.

De esta forma se diferencia el estatuto biológico del preembrión del estatuto del embrión, y por lo tanto, también se atribuye al primero un estatuto moral y legal diferente, mas sin embargo cabe resaltar que los autores y médicos de diversos países, no reconocen el término preembrión, argumentando que desde el momento de la concepción ya se denomina a ese conjunto de células, embrión; nuestro país es uno de estos casos ya que en nuestra Ley General de Salud en su Titulo Décimo Cuarto en el artículo 314 establece como "Embrión, al producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima semana gestacional".

1.4.3. CRIO-PRESERVACION Y/O CONGELAMIENTO DE EMBRIONES

La criopreservación o congelamiento de embriones consiste en utilizar el frío extremo para disminuir las funciones vitales de una célula o un organismo y

poderla mantener en condiciones de "vida suspendida" durante mucho tiempo. Para ello las células se mezclan con soluciones "crioprotectoras" especiales, diferentes según el tipo de muestra, misma que se conserva dentro de una cámara de congelamiento.

La cámara de congelamiento donde está el embrión, se conecta a un gran tanque de nitrógeno líquido; a través de un programa especial y censores especiales, una computadora registra la temperatura en el interior de la cámara y la temperatura de la muestra (embrión), y según las indicaciones programadas se inyectará vapores de nitrógeno a la cámara para bajar poco a poco la temperatura, hasta una centésima de grado al minuto. Una vez que la muestra (embrión), está a –40°C o a –80°C se introduce y almacena en nitrógeno líquido a –196°C en tanques especiales. Los especimenes o muestras (embriones) pueden estar almacenados durante muchos años.

1.5. SUJETOS DE LA FECUNDACION

Son dos las personas que participan dentro de la fecundación natural; la mujer que es la que aporta el óvulo y el hombre quien aporta el espermatozoide, mismo que al fecundar al óvulo dará paso a un embrión.

Dentro de la Fecundación In-vitro además de la mujer con su óvulo y el hombre con su espermatozoide nos encontramos con un tercero que será la

persona especialista en la aplicación de esta técnica y que tendrá como labor la de enfrentar en un laboratorio al óvulo y al espermatozoide

Ahora bien dentro de la aplicación de esta técnica también podemos encontrar la figura del donante, quien ya sea hombre o mujer, donara en su caso el óvulo o el espermatozoide para la aplicación de la técnica, e incluso aun se da el caso de que el donante sea una pareja que done su embrión.

Finalmente entonces encontramos que son 4 las personas que pueden intervenir en la aplicación de esta técnica de fecundación: mujer, hombre, donante y un especialista.

1.5.1. MUJER

Persona del sexo femenino, que al someterse a la estimulación ovárica, dará lugar a varios óvulos listos para ser fecundados.

1.5.2. VARON

Ser humano del sexo masculino quien entregara una muestra de semen fresco para llevar a cabo la fecundación de los óvulos.

1.5.3. DONANTE

La donación es una acto por medio del cual una persona denominada donante y a quien se mantiene en el anonimato, transfiere a otra llamada donatario en este caso concreto ya sean óvulos, espermatozoides o embriones.

Donante es entonces, la persona del sexo femenino que donara sus óvulos o del sexo masculino que donara su semen para la aplicación de la técnica FIV, o en su caso pareja que donara el producto de la fecundación (embrión).

Se debe resaltar que para poder ser donante en la aplicación de esta técnica es necesario someterse a varios exámenes médicos para determinar la no existencia de enfermedades congénitas ni malformaciones así como test negativos para VIH y otras enfermedades de transmisión sexual.

1.6. CONCEPTO DE DELITO

La palabra delito deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

Los autores han tratado en vano de producir una definición del delito con validez universal para todos los tiempos y lugares, una definición filosófica, esencial. El delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y

a las necesidades de cada época, los hechos que unas veces han tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas y al contrario acciones no delictuosas, han sido erigidas en delitos.

Para la escuela clásica el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico, pues consideran que su esencia debe consistir, necesariamente en la violación del Derecho, es decir en la infracción a la ley del Estado, en virtud de que un acto se convierte en delito únicamente cuando choca contra ello, sin omitir que ello puede ser un acto externo positivo o negativo del hombre.

Por su parte Jiménez de Asúa textualmente dice que el Delito "es el acto tipicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad imputable a un hombre y sometido a una sanción penal[7]".

Más sin embargo nuestro Código Penal nos establece en su artículo 7°. Que el delito es el acto u omisión que señalan las leyes penales.

Entonces tenemos que el Delito es la acción u omisión, tipicamente antijurídica y culpable.

[7] La Ley y el Delito, Pág. 256, Edic. A. Bello, Caracas.

1.6.1. CONCEPTO DE PENA O SANCION

La pena es la reacción social jurídicamente organizada contra el delito, es el sufrimiento impuesto por el estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal, es el castigo impuesto por el estado al delincuente para conservar el orden jurídico.

La pena pertenece al mundo fáctico ya que es particular y concreta, su origen es el ejercicio del ius puniendi ejecutivo.

El ejercicio del ius puniendi ejecutivo debe estar sujeto a los principios de legalidad y legitimación. El principio de legalidad postula que para que haya pena debe existir previamente una sentencia penal condenatoria donde esté especificada la punición. De acuerdo con el principio de legitimación, solo hay pena cuando exista necesidad social surgida de la subsistencia del delito plenamente probado.

La pena o sanción es la real privación o restricción de bienes del autor del delito, que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la prevención especial, y determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la repersonalización[8].

[8] OLGA ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, "Análisis lógico de los Delitos contra la vida" Pág.82.Edit. Trillas

1.6.2. CONCEPTO DE VIDA

La vida es la existencia físico biológica del ser humano, es el soporte biológico no solo de un individuo, sino de la especie. Sobre ella descansan todos los demás valores de que el hombre es portador.

La vida comienza con la concepción y acaba con la muerte[9]. Es la vida humana el bien jurídico que ocupa el primer lugar entre los valores tutelados penalmente. Todos los bienes de que el hombre terrenalmente goza, producen de aquel bien supremo que es la vida humana. "Esta es la condición primera de la manifestación y desenvolvimiento de la misma personalidad humana, el presupuesto de toda humana actividad, el bien mas alto, por consiguiente, en la jerarquía de los bienes humanos individuales es el que, el derecho penal debe, sobre cualquier otro, proteger"[10].

Legalmente un sujeto al adquirir la vida, adquiere capacidad jurídica tal como lo establece el artículo 22 del Código Civil, "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código.".

[9] No obstante, la tutela penal no es uniforme a lo largo de su curso. El distinto grado de perfección de la personalidad que existe entre la vida intrauterina y la vida extrauterina tiene una manifiesta repercusión en las leyes penales, castigándose con menos severidad el aborto que la destrucción de la vida independizada del seno materno.
[10] JIMENEZ HUERTA "Derecho Penal Mexicano II" Pág.17.Edit. Porrua.

1.6.3. CONCEPTO DE MUERTE

Etimológicamente la palabra muerte proviene de la palabra latina "mors", "mortis", es decir extinción, término, fin.

Tomando la etimología, el término es: "la cesación o extinción de las funciones vitales. Es el fin natural del proceso evolutivo de toda materia viva"[11].

La muerte es, el fin, la extinción, el término, la cesación de la vida, al menos en el aspecto corporal. Morir es para el hombre la destrucción de la vida, un dejar de ser y de estar en un mundo sensorialmente perceptible.

La medicina define a la muerte como "la supresión definitiva e irreversible y permanente de las funciones vitales de un organismo"[12].

En Derecho la muerte humana constituye la condición de extinción de la personalidad jurídica y, por consiguiente la de la capacidad jurídica de las personas físicas.

El ciclo vital y jurídico que se inicia con el nacimiento, e incluso desde la concepción, y que se mantiene durante toda la existencia, encuentran en la muerte el final de la personalidad como regla genérica.

[11] OSSORIO Y FLORIT, MANUEL. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Buenos Aires, Editorial Heliastra, S.R.L. 1990, 797 p.
[12] GARCIA HERRERA ARTURO. Diccionario Terminológico de las Ciencias Médicas. México, Editorial Salvat, 1980, 384 p.

La muerte es: "La extinción tanto de la personalidad, como de la capacidad jurídica de una persona"[13].

1.6.4. CONCEPTO DE HOMICIDIO

La palabra homicidio deriva de la expresión latina homicidium, que a su vez se compone de dos elementos:

a) Homo: (hombre) proviene de humus cuyo significado corriente es tierra, y
b) Caedere: cuyo sufijo es cidium y significa matar.

En esta forma, homicidio indica muerte de un hombre causada por otro hombre.

Para definir el homicidio basta referirse al elemento material, o sea al hecho: Privación de la vida, por ello parece acertada la definición de Maggiore quien indica que el homicidio es "la destrucción de la vida humana"[14]. Para González de la Vega el homicidio consiste en "la privación antijurídica de la vida de un ser humano cualquiera que sea su edad, sexo, raza o condición social"[15].

El artículo 302 del Código Penal, preceptúa que comete el delito de homicidio "el que priva de la vida a otro" a lo que el Tribunal Superior de Justicia del

[13] OSSORIO Y FLORIT, MANUEL. Op. Cit. Pág. 934
[14] MAGGIORE "Derecho Penal, IV, Temis, Bogotá, 1972, p.274.
[15] GONZALEZ DE LA VEGA, "Derecho penal mexicano. Los delitos, Porrúa, México, 1996, p.30.

Distrito Federal, ha establecido, que no está definido el homicidio en el artículo citado anteriormente, ya que solo expresa sus elementos materiales dejando de mencionar el elemento intencional. Para que exista el homicidio, es indispensable que la privación de una vida humana sea imputable, por intención o imprudencia.

1.6.5. CONCEPTO DE ABORTO

La palabra aborto deriva del latín abortus:

a) ab: partícula privativa, y
b) ortus: nacimiento

Así, etimológicamente, significa no nacimiento, en cualquier caso aborto quiere decir destrucción de un organismo antes del nacimiento.

Obstétricamente, se entiende el aborto como la expulsión del producto de la concepción cuando no es viable, es decir, dentro de los primeros seis o cinco y medio meses del embarazo. La expulsión del producto de la concepción dentro de los tres últimos meses se considera como parto prematuro, ya que después del sexto mes o de los cinco meses y medio, hay viabilidad.

En medicina legal, se había entendido el aborto como la expulsión prematura, voluntariamente provocada, del producto de la concepción. Esta definición al contrario de la anterior no hace la diferencia entre el parto prematuro (expulsión del producto en los últimos tres meses) y aborto (en los primeros seis meses). En medicina legal esa división carece de interés, pues el grado de desarrollo no modifica la calificación del hecho. Lo que aquí interesa es que puede tratarse de un delito en los dos casos. El **concepto** medico legal derivará entonces del texto legal respectivo, que en nuestro Código Penal establece que "El Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.".

CAPITULO II

"HISTORIA"

2.1. HISTORIA DE LA REPRODUCCION ASISTIDA

La finalidad de la concepción con ayuda médica, es vencer las barreras que evitan el encuentro de los espermatozoides con los óvulos en parejas estériles. Los orígenes de esas tecnologías se remontan a unas primitivas inseminaciones de mujeres ya en los años 1776 y 1779. Fueron realizadas en Londres por John Hunter, a imitación de unas experiencias similares que había realizado con perras y que habían traído como consecuencia el nacimiento de varios cachorros. Para situar el significado de estas tempranas prácticas, se pueden señalar dos datos: el estado de los conocimientos sobre la reproducción humana era mucho más limitado de lo que daría a entender estas tentativas, pues, por ejemplo, no se llegó a establecer que la fertilización consistía en la unión de un óvulo y un espermatozoide hasta el último cuarto del siglo XIX[16]. En segundo lugar, hasta el año de 1677, en el que Johann Ham afirmó que la esterilidad también se podía deber a la ausencia de espermatozoides, todo tipo de esterilidades eran atribuidas a la mujeres (con la consiguiente carga de rechazo social y conyugal que esto suponía); esta creencia seguía vigente mucho tiempo después, y no sólo popularmente. De hecho la inseminación artificial se utiliza en estos primeros casos no para paliar la esterilidad

[16] En siglo XVI Falopio había descubierto las trompas que llevan su nombre, y ya en el siglo XVII Leeuwehoeck descubrió los espermatozoides.

masculina sino para evitar ciertos "problemas femeninos"[17]. Hasta finales del siglo XIX no se encuentra ninguna indicación sobre la posible utilización de la inseminación artificial para el caso de esterilidad masculina.

En 1884 se produce el primer embarazo resultante de una inseminación artificial realizada con semen de hombre distinto del cónyuge de la mujer inseminada. La realiza un ginecólogo llamado Pancoast, profesor del Jefferson Medical College de la ciudad norteamericana de Filadelfia. La forma en que fue realizada distó mucho de las educativas historias más o menos míticas sobre los hitos en el avance de la ciencia: en cierto modo se trató de una "violación". Después de examinar numerosas veces a la mujer en cuestión –cuya identidad se desconoce -, para tratar de determinar las causas de su infertilidad, el doctor Pancoast llegó a la conclusión de que ella era fértil, y de que el problema estaba en su marido, que no producía semen. No obstante Pancoast llamó otra vez a la mujer con la excusa de que deseaba examinarla de nuevo. La acostó en la mesa, alrededor de la que también estaban seis jóvenes estudiantes de medicina, y le administró cloroformo para anestesiarla. Después le introdujo semen procedente de uno de los estudiantes en el útero, y después lo taponó con gasa. La mujer nunca fue informada de lo que había pasado, ni siquiera cuando nueve meses después tuvo un hijo. Pocos años más tarde, hacia 1890, DicKison comienza a realizar secretamente y de forma sistemática

[17] Como ejemplo de esto, en la Francia del siglo XIX se realizaron varios intentos de inseminación artificial y se documentaron algunos embarazos. En 1808 el Decano de la Facultad de Medicina de París, realizo la primera inseminación artificial humana en Francia. Dejó además una detallada descripción de la operación, así como algunas reflexiones sobre su utilidad.

inseminaciones artificiales con semen de personas distintas del cónyuge de la mujer inseminada[18].

De cualquier forma, la literatura médica sólo conocía 88 casos de inseminación artificial hacia los años treinta del siglo XX. En esta época la inseminación artificial aparece ligada a las ideas eugenésicas en boga. Precisamente en 1932 Ogino y Knaus determinan las fases del ciclo menstrual, lo que dará mayores probabilidades de éxito a la inseminación artificial. En la década siguiente, estas prácticas tendrán un importante impulso sobre todo en los Estados Unidos, aunque el H. Juez Greenberg, de la Corte Suprema de Nueva York, declarará hijos ilegítimos a los nacidos de esta forma[19]. Durante la Segunda Guerra Mundial, y posteriormente durante la Guerra de Corea, los soldados norteamericanos y posteriormente los ingleses comenzaron a enviar esperma por avión con la intención de que lo utilizasen sus esposas.

La inseminación artificial experimentará un importante impulso por la vía de la congelación de semen. En 1945 Jean Rostand la realiza en batracios y cinco años después en bovinos, con resultados favorables. Los primeros avances significativos en el ser humano se producen en 1949, pero será en 1953 cuando en las experiencias de Bunge y Sherman se producen tres embarazos con semen humano congelado. Esta posibilidad de almacenamiento permitirá generalizar la utilización de semen de "donantes", al tiempo que se crean

[18] C. OCHOA MARIETA, "La inseminación artificial y la transferencia intratubárica de gametos" en *Innovaciones científicas en la reproducción humana. Aspectos biológicos, psicosociales, antropológicos, éticos y jurídicos*, San Esteban, Salamanca, 1987, p.183.
[19] L. MARTINEZ-CALCERRADA, La nueva inseminación artificial ,p.42.

"bancos" para su conservación. De esta manera la inseminación artificial estará plenamente introducida en la práctica clínica a partir de la década de los cincuenta y en plena vigencia desde la década de los setenta. En Europa el belga Robert Schoysam es el pionero de la inseminación en el continente; en 1960 funda en Bruselas el primer banco de semen.

Otras de las técnicas principales que es el tema central de la presente y que es la que en rigor se puede considerar como paradigmática de las nuevas tecnologías reproductivas es la fecundación in vitro. Los primeros intentos de fecundación in vitro, es decir, de fecundación extracorpórea, se realizaron sin éxito con gametos de animales a finales del siglo XIX; Schenk en 1878 intenta fecundaciones in vitro con cobaya y conejos; Heape en 1890 intenta transferencias de embrión con mamíferos, de una hembra a otra. A finales de los años cincuenta del siglo XX se consiguen los primeros éxitos de la fecundación in vitro con animales; primero con conejos, y después con hamsters y ratones. Paralelamente se empiezan a realizar experiencias con la congelación de embriones.

2.1.1. FECUNDACION IN-VITRO

Las primeras tentativas de fecundación in vitro realizadas con gametos humanos las realizan los biólogos Rock y Merkin en 1944, con el resultado de cuatro embriones normales tras haber utilizado cien óvulos. Steptoe y Edwars, los científicos británicos que lograron en 1978 el primer éxito en seres

humanos, habían empezado a trabajar en este campo en 1967. Durante la primera mitad de la década de los años setenta estaban trabajando simultáneamente en esta línea de investigación varios equipos en Gran Bretaña, Estados Unidos, Suecia y Australia. En esos momentos, las experiencias con animales habían venido a demostrar la necesidad de que, para que se produjese la fecundación, el óvulo tenía que haber alcanzado un determinado nivel de maduración, y que los espermatozoides tenían que haber sufrido también determinadas transformaciones.

A partir de 1971 Steptoe y Edwars concibieron la idea de un tratamiento hormonal destinado a estimular el crecimiento de los folículos ováricos y desde 1978 empezaron a conseguir fecundaciones de forma sistemática. En julio de ese mismo año, después de once años, consiguen objetivos con el nacimiento de Louise Brown, la primera "bebé probeta", en el General Hospital de Oldham, en Inglaterra. En España el primer nacimiento se produjo en 1984.

Es frecuente constatar o incluso manifestar sorpresa ante la velocidad con que a partir de un determinado momento se acelera el desarrollo de estas técnicas y se produce una rápida transición entre las experiencias en animales y en seres humanos. La pequeña historia de los que fueron los experimentos y el nacimiento final de la primera niña concebida mediante fecundación in vitro, si es examinada prescindiendo de los habituales triunfalismos, sugiere una carrera por llegar cuanto antes, en la que otro tipo de consideraciones fueron hasta cierto punto subordinadas a este fin. Llama la atención especialmente la

ausencia de una previa experimentación suficiente con animales, que se puede considerar nula en el caso de animales próximos a los seres humanos, como pueden ser los primates. El paso fue desde ratones y conejos. El Britains Medical Researcho Council rechazó financiar las experiencias de Steptoe y Edwars por considerar que la laparoscopia (uno de los pasos necesarios para la obtención de óvulos) resultaba inadecuada por no haber sido lo suficientemente probada en experiencias con animales. En 1979 el informe del Ethics Advisory Board norteamericano también denunciará este hecho.

Otro de los aspectos problemáticos, sería la cuestión del consentimiento informado. Cabe tener cierta prevención, por cuanto se utilizaron parejas que no tenían hijos pero que tenían la esperanza de concebirlos por medio de estas intervenciones. Sin embargo la mayoría eran sólo objetos de experimentación de una técnica que nunca antes había dado resultado ni era posible que tuviese éxito en la mayor parte de los casos: desde 1971 a 1977 utilizaron sin éxito a ochenta mujeres en la investigación. Hasta 1975 no se realizó las primeras transferencias de embrión, pero no será hasta noviembre de 1977 cuando en realidad se inicie una nueva fase tras contínuos fracasos en estas transferencias. En ese momento efectuaron laparoscopías a sesenta y ocho mujeres para recuperar óvulos. Dos de las tres primeras mujeres quedaron embarazadas, al contrario que las ocho siguientes. Con la atención mundial fijada en el nacimiento de la primera "bebe probeta", Steptoe y Edwars mantuvieron durante algún tiempo en secreto el aborto que había sufrido la segunda mujer. Era un feto anormal, con más cromosomas de los normales,

probablemente por haber sido fecundado por más de un espermatozoide. Lo cierto es que Lesley Brown (La madre de Louise) justo hasta poco antes del nacimiento de su hija pensaba que ya se habían producido cientos de casos de "bebes-probeta" y que se trataba de una práctica casi rutinaria. Desconocía por completo que se trataba del primer caso que se daba en el mundo y que iba a tener tanta repercusión pública.

En 1980 el doctor Alan Trouson fue el primero en introducir los tratamientos hormonales de gonadotropinas para la estimulación ovárica y para inducir la ovulación, en la Universidad de Monash en Australia.

El siguiente hito destacable se producirá en 1984, cuando nace Zoe Leyland en Melbourne tras las experiencias de Trounson y Mohr: se trataba del primer nacimiento procedente de un embrión previamente congelado. Esto significaba el primer éxito de otra de las líneas de investigación de estas nuevas técnicas; la crioconservación de embriones. Esta posibilidad venía siendo investigada en mamíferos desde 1952, y en 1972 el científico británico Whittingham ya había demostrado que se podía conseguir que continuase el desarrollo de embriones de ratón después de haberlos congelado y descongelado.

Se puede también destacar la fecha del 1 de octubre de 1987, en que una mujer sudafricana da a luz tres hijos procedentes de óvulos de su hija fecundados in vitro, convirtiéndose así en madre abuela. Al año siguiente se dan a conocer en los Estados Unidos varios casos en los que la mujer gestante

es hermana de la que ha aportado los óvulos, y asimismo sale a la luz pública la existencia de una asociación de "madres de substitución". Estos sucesos no eran producto de ningún nuevo avance científico-técnico significativo con respecto a los anteriormente citados. Pero sí eran casos que venían rodeados de grandes polémicas y que en cierto modo popularizaron los problemas y posibilidades que abrían estas técnicas.

PRINCIPALES ACONTECIMIENTOS EN LA HISTORIA DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

INFORME DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD 1992

Año	Técnica
1878	Fertilización in vitro de ovocitos de conejo y cobayo
1890	Primera transferencia de un embrión de mamífero de una hembra a otra.
1909	Embarazo humano con semen de donante.
1944	Fertilización in vitro de un ovocito humano
1970	Recolección de óvulos con laparoscopia
1978	Nacimiento de un niño vivo con Fecundación In-vitro y transferencia de embriones en un ciclo natural.
1983	Embarazo establecido después de la transferencia de embriones donados in vitro.
1983	Crio conservación de embriones humanos con buenos resultados.
1986	Embarazo después de la crio conservación de ovocitos humanos (embriones).

2.1.2. HISTORIA DE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA

Delito, delictum, es la contravención voluntaria a una ley penal, es un hecho ilícito castigado por la ley, todo el que lo comete esta obligado a reparar el daño que ha ocasionado y a sufrir la pena que establece el derecho.

Cuando se diferencian los delitos de daño de los de peligro, se hace referencia a la afectación que sufre el bien jurídico tutelado (daño) o al riesgo en que se puso a éste (peligro).

En algunos casos, el objeto jurídico es dañado como consecuencia de la conducta típica del sujeto activo. Esta afectación destruye o menoscaba al bien tutelado y, por tanto, el reproche penal es de mayor intensidad. En otros casos, la conducta del agente no llega a dañar al bien jurídico, sino que lo pone en peligro o riesgo de ser dañado, esto es, se presenta la posibilidad de que afecte, sin que esto llegue a ocurrir; así pese a no haber daño, la ley considera necesaria una sanción, pues el sujeto activo denota peligrosidad y el pasivo se ve ante el posible riesgo de ser afectado en el bien jurídico de que se trate.

En ese orden de ideas, los delitos de daño contra la vida son aquellos que afectan directamente el bien jurídico de la vida humana, esto es, la conducta del agente extingue la vida. De hecho, tales delitos son los más graves de cuantos existen en cualquier legislación penal, ya que, una vez extinguida la vida, carece de sentido y lógica tutelar otros bienes.

Dichos delitos son: homicidio, participación en el suicidio, aborto, infanticidio y parricidio.

Los romanos siempre consideraron al delito como una fuente de obligación civil, por que en los primeros tiempos intervenían los familiares de la víctima y del victimario para fijar una compensación pecuniaria, sin que en este arreglo tuviera intervención el poder público, éste intervino muy tardíamente para fijar el monto de la reparación, por que el poder de la Gens era grande y sus miembros numerosos, por otra parte, como estos delitos privados no iban directamente en contra de la seguridad del estado, de ahí que éste no interviniera y dejara la composición en manos de particulares.

Pero tenía sus serios inconvenientes que la reparación del daño causado quedara en manos de los particulares, pues con frecuencia la venganza privada se excedía y además se fomentaban nuevas venganzas o revanchas, de ahí que se estableciera el Talión, que viene a ser una primera limitación al derecho de venganza privada.

El Talión establece que el mal inflingido al autor del delito debía ser igual al que éste había causado a la víctima, así el que mataba debía de morir. Las Doce Tablas establecieron el Talión para algunos delitos privados, aunque no hicieron sino sancionar la costumbre menos bárbara que la venganza privada, así, para el caso de membrum ruptum – mutilación – sigue aplicándose el Talión – si

membrum rupsit, ni cumeo pacit, talio esto – aunque las partes podían tener arreglo.

Posteriormente se da paso a la civilización y el estado establece la compensación pecuniaria, substituyendo al Talión. Para os fractum – fractura de hueso – se establece como compensación trescientos ases cuando se trata de una persona libre y ciento cincuenta por un esclavo. Cuando el autor del delito era una persona alieni iuris el padre podía reparar el daño entregando al culpable – noxar deditio – a la víctima.

2.1.3. HOMICIDIO

Del latín homicidium, homicidio, asesinato, la Lex Cornelia de Sicariis et Veneficis, normación rogada, propuesta por Sila (en el año 81 antes de C.), castigaban igualmente al homicidio consumado que la tentativa, extendiendo su represividad a las cuadrillas de bandoleros, con finalidades homicidas y el denominado delito de encantamiento.

Se ha dicho que el homicidio es tan antiguo como la humanidad. Algunos autores han considerado que desde que el hombre empezó a vivir en conjunto, surgió el crimen, por que el ser humano, en sí mismo es una fusión de ideas y

sentimientos positivos y negativos, como ejemplo, la generosidad y el egoismo[20].

El primer homicidio en la historia del hombre según la Biblia fue el realizado por el hijo de Adan y Eva, Caín, quien al pelear con su hermano Abel lo mata.

Desde los tiempos más antiguos, la vida se ha protegido, al castigar a quien atenta contra ella, excepto cuando se consideran aspectos diversos, como la calidad de las personas (esclavos), ciertas características (recién nacidos deformes), la edad (ancianos), etcétera.

En el antiguo Oriente, era aplicada la ley del Talión, que se conoce como "ojo por ojo, diente por diente", es decir que a quien cometía homicidio se le privaba de la vida, y en caso de realizar alguna lesión física a alguien, se le lesionaba de la misma manera.

En el latín clásico no existe una expresión simple para representar el homicidio; la voz homicidium, muerte de hombre, voz nueva y no muy felizmente formada, solo se empezó a emplear en época posterior.

No se posee documento alguno que acredite los comienzos de la legislación sobre el homicidio entre los romanos, en esa época se dejaba encomendado a

[20] EDUARDO LOPEZ BETANCOURT, Delitos en Particular, Edit. Porrua, México 1997, pág.60

los parientes del muerto el derecho de ejercer contra el matador la pena de muerte, o más bien la venganza de sangre.

En el Derecho Romano primitivo, se estimó al homicidio como un sacrilegio, castigándolo con la expiación religiosa. La Ley Numa, ya hacía referencia al homicidio, castigándolo con la pena de muerte, pero esta sanción sólo era para el homicida de un hombre libre o ciudadano porque, el homicidio del siervo a manos de su amo, o la del hijo realizada por el pater familias, durante largo tiempo no constituyeron hechos punibles, hasta que en los periodos de Justiniano y Constantino perdieron su impunidad.

Anterior a las doce tablas en el Derecho Romano se encuentra la figura de los *questores parricidi,* quienes tenían encomendado el conocimiento de los delitos de homicidio, para lo cual fueron creados.

Una vez que se introdujo el juicio por jurados bajo la presidencia de un magistrado, tardaron un poco en ser sometidas a este procedimiento las causas de homicidios, que probablemente eran las más frecuentes de todas las causas criminales de los antiguos tiempos.

Para determinar los elementos constitutivos del homicidio conviene sobre todo reunir aquellos casos en que podía uno dar voluntariamente muerte a otro, de

derecho (iure), o en que tales casos de muerte no podían ser considerados ni penados como homicidios[21], como son los siguientes casos:

1. El esclavo no era considerado en esa época como persona, sino como cosa, y por consiguiente, la muerte del mismo no era tenida por homicidio; si recaía sobre un esclavo ajeno, se la conceptuaba como daño en las cosas, y sobre uno propio, no producía en general efectos penales de ningún genero.

2. El hombre libre sometido a la potestad ajena gozaba ciertamente, frente a terceras personas, de la protección que el derecho otorgaba a los ciudadanos completamente libres; en cambio, frente al depositario de la dicha potestad no era sino una parte de su patrimonio, lo mismo que el esclavo. Por consiguiente, la muerte dada por el propietario a las personas libres sometidas a su potestad no caía dentro del concepto del homicidio.

3. En caso de defensa contra los ataques a la vida o a la honestidad, el que diera muerte al agresor quedaba exento de pena. Ya según las Doce Tablas, se consideraba como caso de peligro de la vida el de los ataques a la propiedad cuando tuvieran lugar de noche y cuando se encontrará al agresor con armas en la mano para defenderse. Era también lícito oponer la fuerza a la fuerza, siempre que uno fuese víctima de coacción exterior, o de injuria; sin embargo, si en estos casos se hubiese llegado a matar a alguien, el matador, para quedar impune, tenía que probar haberse visto en peligro de perder la vida. Se equiparaba a la defensa propiamente dicha la ayuda prestada a otro en el trance de una agresión injusta de que tuviera que defenderse.

[21] MONMSEN THEODOR, Derecho Penal Romano, Edit. Themis 1976

4. El Derecho de la Guerra autorizaba a los soldados para matar al enemigo, el cual estaba siempre fuera del derecho, y por eso se le podía dar muerte aunque no llevara armas ni luchase, lo mismo dentro que fuera del territorio romano, ya que estas muertes no podían ser incluidas en la categoría de los homicidios.

La competencia del alto Tribunal del homicidio era mucho más extensa que la de las restantes quaestiones. Para el desarrollo de la doctrina tocante a los elementos constitutivos del delito que ahora nos ocupa, podemos distinguir las seis categorías siguientes de homicidios:

1. Asesinato violento y salteamiento
2. Abuso del procedimiento capital
3. Envenenamiento y delitos afines
4. Homicidio por hechizo y magia
5. Homicidio de parientes
6. Incendio intencionado y delitos cometidos en un naufragio

Si bien es cierto que en todos estos delitos existe un elemento común, la destrucción de una vida humana o el peligro en que se la coloca, y que, por tanto, la reunión de los mismos en un solo grupo no proviene exclusivamente de que se hallara encomendado el conocimiento de ellos al mismo tribunal, con el mismo procedimiento, sin embargo no existía ni un concepto único ni un nombre común que por igual los abrazaren a todos.

Las penas impuestas variaban de acuerdo al homicidio cometido, así el cometido con circunstancias agravantes, tenía pena capital. El autor de homicidio con envenenamiento, además de ser sometido á tormento, sufría muerte afrentosa: *illi etiam continuo suppliciis subditi morte sunt turpissima puniendi.* Si la víctima no sucumbía, era arbitrio de hacer con él lo que quisiese: *in ejus potestatem tradendus ut de eo facere quod voluerit sui sit arbitrii.*

El autor del homicidio con robo en casa ó en camino era en el acto ajusticiado: *continuo pro homicidio puniatur.* El que mataba por consejo de otro, tenía pena de la vida; el aconsejante aunque no le acompañase, recibía doscientos azotes, era señalado (*decalvationis foeditatem suscipiebat*), pagaba 50 sueldos a los parientes del muerto, y en caso de insolvencia se hacia su esclavo.

La pena de parricidio parecía la del talion. La ley 17 dice: el que por su gusto mate a padre, madre, hermano ú otro pariente, muera del modo que mató: *eadem morte puniatur, qua ipse alium punire praesumpsit.* Los bienes pasaban a sus hijos, y en defecto de ellos, á los parientes de la víctima. Lo mismo en este caso que en el de homicidio, los culpables, acogiéndose a sagrado, evitaban la pena de muerte, y en su lugar eran reducidos a la servidumbre de los pariente del ofendido.

El parricida involuntario no merecía pena, siempre que probase por testigos idóneos y dignos de fe, que lo había hecho defendiéndose, y con la debida

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

moderación: *illa vero discretione servata, quae in cunctis casibus est de homicidiis constituta.*

Todo esto debe entenderse del homicidio intencional; el involuntario ó casual no tenia pena. No era culpable de homicidio el que mataba á otro contra su voluntad ó por no haberlo visto, cuando entre el dañador y la víctima no habia habido ocasión de enemistad.

La pena era menor, pero la habia, si medió imprudencia. El que empujase a otro, que por su caída mataba a un tercero pagaba una libra de oro: *si ille qui impulit absque mala voluntate hoc fecerit.*

Si con ocasión de una riña, uno mata a otro, el autor de esta pagaba 100 sueldos de oro por haber sido ocasión e la desgracia, y el causante 50, por que lo hizo sin querer.

Si uno queriendo apaciguar una lucha, era muerto por acaso, el autor de esta muerte, probando por juramento con buenos y muchos amigos su falta de intención, pagaba una libra de oro. Si resultó herido, la pena era la tercera parte del precio ordinario.

El que pegando a otro con pie o puño, o de otra manera, solo queriéndole injuriar, lo matase, era castigado como el homicida: *pro homicidio puniartur.*

El que causaba esta desgracia por juego ó chanceandose, debía probar esta circunstancia con testigos o por juramento y de ese modo, ni era condenado a muerte, ni declarado infame: mas por su locura, pagaba una libra de oro a sus parientes, y recibía cincuenta azotes.

El que mataba a su discípulo, cliente o esclavo, tratando de corregirle, no era infamado ni penado, si lo hizo sin odio y de mala voluntad: *Dicente Dei sacra scriptura: qui disciplinam abjicit, infeliz erit.*

En nuestro país, en el período prehispánico, el homicidio se castigaba con la pena de muerte. En esta época el derecho establecía que los individuos no estaban facultados para hacerse justicia por sí mismos, porque esto equivalía a usurpar la jurisdicción del rey. Esta pena se aplicaba, inclusive al hombre que daba muerte a su mujer o al amante de ésta, aún en el caso de que los sorprendiera en flagrante delito.

El que envenenaba a otro, era castigado con la pena de muerte, aplicable también a quien le había proporcionado el veneno.

Cabe advertir, que la organización judicial era por tribunales encargados de administrar justicia, existía uno en cada reino de la Triple Alianza.

En la época colonial, se impusieron las legislaciones de España; así el Fuero Juzgo contiene el homicidio voluntario. La diferencia entre el homicidio

voluntario y el homicidio involuntario está establecida en el Fuero Real, asimismo en las Partidas, también está implantado el elemento voluntad para el homicidio, es decir, ya se preocupaba más el legislador por saber la intención del agente.

En el Código de 1871 de nuestro País, ya se ubicaba el delito de homicidio en el Título segundo "Delitos Contra las personas, cometidos por particulares", en los capítulos V "Homicidio, Reglas Generales"; VI "Homicidio Simple" y VII "Homicidio Calificado", del Artículo 540 al 566.

Es importante mencionar, que en este código por vez primera se divide al homicidio en simple y calificado, como lo establece el Artículo 550 de este ordenamiento:

"Art. 550.- Se da el nombre de homicidio simple: al que no es premeditado, ni se ejecuta con ventaja, con alevosía o a traición".

Por otra parte el homicidio calificado se estipula de la siguiente manera:

"Art. 560.- Llamase homicidio calificado: el que se comete con premeditación, con ventaja o con alevosía y el proditorio, que es el que se ejecuta a traición".

Respecto a la sanción en el homicidio simple culposo se sancionará por culpa grave, de dos años para el caso de que si el delito hubiera sido intencional, la

pena fuera de muerte, la suspensión de derechos civiles o políticos por ese mismo tiempo, para el caso de que el delito intencional fuere castigado con la privación de los mismos derechos. Si la pena intencional es pecuniaria, se reducirá a una sexta parte, entre otras penas.

En torno al homicidio calificado, se aplicará la pena de muerte excepto si se realiza en riña, cuya pena será de 12 años de prisión.

En el Código de 1929 al igual que el código de 1871, este ordenamiento penal consideró el delito de homicidio en los mismos capítulos, asimismo toma en cuenta el homicidio casual, expresando que no será sancionado, el artículo 965 de dicho ordenamiento define al homicidio casual como "el que resulta de un hecho o de una omisión, que causa la muerte sin intención ni imprudencia punible alguna del homicida".

En el Código de 1931 a diferencia de los anteriores, se fusionó el delito de homicidio en un solo capítulo que lo encontramos dentro del Título Decimonoveno "Delitos contra la vida y la integridad corporal", capítulo II, del Artículo 302 al 309.

El Código original de 1931, definió al homicidio en su Artículo 302 de la siguiente manera: "comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro". Eliminándose los capítulos relativos al homicidio simple y calificado, tratados en los códigos de 1871 y de 1929.

Empero, el Código de 1931 si se refiere al homicidio simple en el Artículo 307, el cual señala: "Al responsable de cualquier homicidio simple intencional y que no tenga señalada una sanción especial en este Código, se le impondrá de ocho a trece años de prisión.

Y para el homicidio cometido en riña el Artículo 308 manifiesta: "si el homicidio se cometiere en riña o en duelo se aplicará a su autor de la mitad a cinco sextos de la sanción que señala el artículo anterior, según que sea el provocado o el provocador".

2.1.4. ABORTO

Entre los romanos fue considerado como una grave inmoralidad; pero ni en la época de la república ni en los primeros tiempos del imperio fue calificada dicha acción como delito.

En el mundo antiguo, el aborto no era frecuente: el infanticidio, en cambio, se practicaba ampliamente. Esto ocurría porque el aborto era muy a menudo fatal para la madre. Había solamente dos métodos conocidos. Uno de ellos consistía en dar ciertos venenos a la madre con la esperanza de que el niño no nacido muriera (pero frecuentemente también moría la madre). El otro método consistía en ejercer violencia física sobre el abdomen de la madre para inducir el aborto, lo cual a veces producía lesiones mortales en ella.

Y entonces, casi universalmente, se daba a luz el niño y, si no era deseado, se le mataba. El aborto era raro; el infanticidio, frecuente.

La Iglesia condenaba en forma absoluta el aborto y el infanticidio. El castigo por el pecado del aborto alcanzaba a siete años, o más, de penitencia pública.

Estas penitencias eran más rigurosas para el caso de abortos posteriores al momento en que el feto daba sus primeras señales de vida, dado que la creencia mayoritaria era que la vida no comenzaba hasta después de ese momento.

A medida que las leyes eclesiásticas dejaron paso a las leyes civiles, la ley inglesa también condenó todo aborto, como un delito menor antes de la vivificación[22], y como un acto criminal después. Esto era así porque los científicos "sabían" que el bebé aún no estaba vivo antes de ese momento. Después de la vivificación; o cuando la madre "percibía vida", se "sabía" que la vida estaba presente y por ello los abortos tardíos se castigaban con severidad

Cuando "la vida venía al niño", el niño "llegaba a la vida"; cuando la madre "percibía vida" o "sentía las patadas del bebé", entonces esa vida recibía total protección de la ley.

[22]Vivificación: Originalmente se refería al momento de la "formación", porque entonces era cuando presumiblemente el alma era creada. Más adelante pasó a indicar el momento en que la madre "percibía la vida", que es el significado actual.

En las épocas primitivas, existían muchas teorías acerca del comienzo y el desarrollo de la vida humana. La mayoría de los científicos "sabían" que el hombre plantaba la totalidad de ese nuevo ser en el seno nutritivo de su esposa. A partir de esa creencia surgieron los términos agrarios como "plantar la semilla", "fértil", "estéril", etc.

Con la introducción del microscopio se descubrieron los espermatozoides (Hamm, en 1677) y se comprobó que esos espermatozoides se asemejaban a minúsculos renacuajos, y en modo alguno a "pequeños hombrecitos". Aún así, los libros de esa época mostraban el dibujo de un hombrecillo arrollado en el interior de la cabeza del espermatozoide, porque "se sabía" que estaba allí. A esto se lo llamaba "homúnculo".

A medida que se aumentó la potencia de los microscopios, poco a poco se fue haciendo evidente que debía existir otra explicación para el comienzo de la vida. ¿Es que la mujer contribuiría, en alguna medida, a la conformación de esta nueva criatura?

Pero pocos abortistas eran castigados. ¿Por qué ocurría esto?

Por que para demostrar el delito del aborto era necesario:

a) probar que la mujer estaba embarazada, y

b) probar que esta acción produjo la muerte del bebé.

Hasta épocas recientes, la única prueba absoluta de embarazo era la posibilidad de percibir movimientos fetales o de escuchar el corazón del feto, lo cual ocurría al alcanzarse el cuarto o quinto mes. Después del aborto, la única prueba de que había existido un embarazo consistía en exhibir el cuerpo del bebé, es decir, el cuerpo del delito, el cual rara vez estaba disponible como evidencia. Debido a la incapacidad de probar que había existido realmente un embarazo temprano, por lo común el delito no podía ser demostrado.

"En algún momento después de 1750, se introdujo un nuevo procedimiento para inducir el aborto. Se trataba de una importante innovación tecnológica", que consistía en insertar objetos en la cavidad del útero a través del cuello uterino.

Implicaba, asimismo, peligros importantes para la madre, pero era tanto más seguro que los viejos y más letales métodos, que lo reemplazó, y a partir de este momento el infanticidio se transformó en un hecho raro.

Los abortos, entonces aumentaron en el siglo XIX en gran proporción. De hecho, se hicieron muy frecuentes.

Pero en 1827 Karl Ernst Von Baer, en una publicación científica, postuló que tanto el hombre como la mujer contribuían a un proceso que se llamaba concepción. Este fenómeno fue observado por Martin Berry, en 1843, en un

conejo, pero no pudo ser corroborado en un ser humano hasta muchos años más tarde.

Para la década de 1850, la comunidad científica y médica mundial había llegado a aceptar plenamente el hecho de que el hombre y la mujer contribuían por mitades a la creación de una nueva criatura humana. Este fenómeno recibió el nombre de concepción o fertilización, y significó un estímulo para la acción antiabortista de los miembros de la comunidad médica.

A medida que el aborto se iba haciendo más frecuente, la comunidad médica paralelamente iba tomando conocimiento de las nuevas verdades científicas recientemente descubiertas, en el sentido de que la vida humana comenzaba con la fertilización. En esta época, miembros de la American Medical Association (AMA) empezaron a acercarse a las legislaturas estatales para informar y dar testimonio sobre estos hechos científicos.

"En 1859, la AMA, a modo de protesta, manifestaba que la distinción en términos de vivificación le concedía al feto derechos "para propósitos civiles, pero que en lo relacionado con su vida todavía le negaba toda protección". La AMA reclamaba contra esta "indisculpable destrucción de la vida humana", exhortaba a los legisladores estaduales para que revisasen sus leyes sobre el aborto, y solicitaba a las sociedades estaduales de médicos que "ejercieran presiones sobre el tema".

Para 1871, el informe de la AMA resumía sobre el aborto: "el tema que estábamos tratando era el de la vida humana". A medida que a los legisladores estatales se les informaba sobre los nuevos conocimientos científicos, en el sentido de que la vida humana no comenzaba con la vivificación, sino con la concepción, las leyes fueron modificadas. Uno tras otro, cada estado dejó establecido que la vida humana debía ser igualitaria y enteramente protegida por la ley, no desde el momento de la vivificación sino desde su comienzo real: la concepción.

Originalmente, las colonias norteamericanas, y con posterioridad los estados, se regían por las leyes inglesas del derecho consuetudinario. Connecticut aprobó la primera ley estadual separada en 1821. Para 1860, el 85% de la población vivía en estados que, a través de nuevas leyes, prohibían claramente el aborto.

Además de definir el aborto como claramente ilegal, estas leyes, junto con aquellas aprobadas después de la Guerra Civil, hicieron que este delito ya no fuera castigado desde la época de la vivificación, sino desde el momento de la concepción. Esto se hizo, fundamentalmente, para proteger la nueva vida humana.

Cyril Means, profesor de derecho y asesor legal de la Asociación Nacional para la Derogación de las Leyes contra el Aborto, escribió dos libros en los que sugería que las leyes habían sido aprobadas para proteger la salud de la madre

(En esa época, todas las intervenciones quirúrgicas eran peligrosas, pero ninguna otra estaba prohibida).

Para oponerse a esto, las fundaciones Ford y Rockefeller patrocinaron un importante estudio que fue realizado por James Mohr, cuyo libro, Abortion in América (Oxford University Press. 1978), resultó una versión más sofisticada de la misma tesis. La investigación histórica de Mohr informaba hechos sólo a partir de 1800, ignoraba los anteriores, y agregaba otras razones. Estas últimas incluían la inquietud por la declinación de la tasa de la natalidad en la comunidad anglosajona blanca protestante y la preocupación de los miembros de la AMA por la competencia de otros practicantes de la medicina.

Sin excepción, todos los estados de los EEUU, para mediados o fines del siglo XIX, protegían a la criatura no nacida desde el comienzo de su vida en la concepción hasta el nacimiento. En cuanto a los abortistas, si se demostraba su culpabilidad, eran castigados. Por ejemplo, en los registros de la Prisión Clinton, de Schenectady, NY, en marzo de 1878, consta el descargo de un tal Thomas Weed, con la acotación: "Al Dr. Weed, conspicuo abortista, 6 años y 4 meses por el delito de aborto".

Los estudios definitivos sobre este tema permitieron desmentir la propaganda de Planned Parenthood que sostenía: "La mujer que abortaba podía ser procesada por asesinato".

Analizando doscientos años de historia de las leyes, el Centro Norteamericano de Bioética llegó a la siguiente conclusión:

No se encontraron evidencias que apoyaran la idea de que las mujeres eran enjuiciadas por haberse sometido o solicitado un aborto. El cargo de que un aborto espontáneo pudiera terminar en un juicio criminal es similarmente insostenible. No existen casos documentados de enjuiciamiento de tales mujeres por asesinato o por alguna otra especie de homicidio; ni tampoco existen evidencias de que, en aquellos estados donde existen disposiciones que permitan el enjuiciamiento de mujeres por haber procurado un aborto, esas leyes alguna vez fueran aplicadas. Las cortes, en su gran mayoría, se mostraron reticentes en implicar a la mujer aun de un modo secundario, bajo cargos de complicidad y de conspiración. Incluso en aquellos raros casos en los que un abortista lograba que la corte admitiera la complicidad de la mujer, no se presentaron cargos contra ella. En pocas palabras, las mujeres no eran enjuiciadas por aborto. Los abortistas sí.

En México el Código Penal de 1871 fue el primer código que nos proporciona una definición legal ajustada a la noción médica del aborto, pues se refiere a él no en razón de la muerte del producto sino a la maniobra abortiva propiamente dicha[23].

[23] FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Diccionario de Derecho Penal, Edit. Porrua, México 1998, Pág. 108.

En efecto el artículo 569 del citado código expresaba "Llámese aborto en Derecho Penal: a la extracción del producto de la concepción y a su expulsión provocada por cualquier medio, sea cual fuere la época de la preñez, siempre que esto se haga sin necesidad". Cuando ha comenzado ya el octavo mes del embarazo, se le da también nombre de parto prematuro artificial, pero se castiga con las mismas penas del aborto. Como se advierte, la definición comprende la extracción y la expulsión voluntariamente provocada del producto y tal hecho, es el merecedor de pena, aún cuando se trate del llamado parto prematuro, igualmente provocado, a virtud del riesgo de muerte que puede presentarse para la madre y el niño, según precisa en la correspondiente Exposición de Motivos.

La legislación penal de 1929 reproduce la apuntada definición del Código de 1871, pero adicionándole el elemento subjetivo consistente en el propósito de interrumpir la gestación ("con objeto de interrumpir la vida del producto"), considerándose que ese elemento concurre cuando el aborto se provoca voluntariamente antes de los 8 meses de embarazo (Art. 1000)[24].

El Código de 1931 cambia radicalmente el concepto de aborto recogido en los dos códigos anteriores, al excluir como tal la maniobra abortiva y definirlo en función de la muerte del producto, pues al artículo 329 declara que "Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez", por lo que la mera maniobra abortiva con intención de causar la muerte del feto, cae

[24] EDUARDO LOPEZ BETANCOUR, Ob. Cit., Pág.182.

bajo la previsión de los artículo 12 y 63 Código Penal a título de tentativa punible del hecho de aborto[25].

2.1.5. INFANTICIDIO

Del latín infanticidium, muerte dada violentamente a un niño sobre todo si es recién nacido o está próximo a nacer; muerte dada al recién nacido por la madre o ascendientes maternos para ocultar la deshonra de aquella[26]

Para algunos la palabra encuentra su origen etimológico en *infans-coedera*, que significa, matar a un niño, cuyo uso por primera vez se atribuye a Tertuliano; otros creen que se origina de *infantare*, verbo italiano usado como sinónimo de *partorire*, parir, cuya connotación es la de muerte violenta del recién nacido.

Los sistemas de caracterización del infanticidio son, básicamente, el "sistema latino" -que encuentra su justificación en la idea de salvar el honor- y el sistema germánico -que se halla sustentado en la idea biológica de puerperio. Los precedentes históricos del móvil de ocultar la deshonra -factor exógeno- permiten distinguir una etapa severa en que predomina la ideología eclesiástica y se castiga con extremo rigor a la infanticida, y una etapa de benignidad, derivada del espíritu piadoso de la ilustración, en la que el delito toma un cariz atenuado por la causa de honor. La idea del puerperio -factor endógeno- ha

[25] FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Ob. Cit. Pág. 109
[26] INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICA DE LA UNAM, Diccionario Jurídico, Edit. Porrua, 1998.

sido aportada por la ciencia medica: momentos después del parto, la parturienta tiene el ánimo perturbado -estado puerperal- y en este estado puede causar la muerte al recién nacido. Junto con los dos grandes sistemas, hay posturas intermedias, como la establecida en el código argentino que emplea una combinación de ideas latinas y germánicas. El sistema adoptado por México resulta singular, porque si bien utiliza un criterio de tradición latina, lo hace con un enfoque jamás dado en la trayectoria jurídica de la institución.

En la historia del delito de infanticidio, encontramos que su origen se da en las primitivas tribus nómadas, donde se sacrificaban a los niños débiles y enfermos para evitar tener cargas económicas y que aumentará el conglomerado, impidiendo o dificultando sus constantes movimientos migratorios.

En algunos pueblos se efectuaba la práctica de la inmolación de los niños, para que los dioses fueran propicios. En Grecia y Roma antigua, se dio la eliminación de los niños por simple eugenesia, es decir, para seleccionar a los niños sin imperfecciones, con el objeto de mejorar la raza humana.

En el Derecho Romano Antiguo, los padres gozaban del derecho de privar de la vida a sus descendiente sujetos a la patria potestad, entre ellos a los recién nacidos; empero, a la madre infanticida sí se le imponía un castigo. En la República se penalizó como homicida al que diera muerte a su hijo de manera secreta o alevosamente. Posteriormente, ya con Justiniano, se establecen

penas severas para la muerte de un hijo, desapareciendo el derecho de vida y muerte del padre[27].

La historia de la punibilidad del infanticidio ha sido accidentada. Superada la época románica que conoció de casos de verdadera impunidad, la tendencia general fue la de sancionar la muerte dada a un recién nacido con las penas más graves, severidad que atendió exclusivamente al hecho objetivo de privar de la vida a quien, por su tierna edad, no sólo era incapaz de merecer odio, sino además se encontraba absolutamente imposibilitado para sustraerse a la acción violenta ejercida en su contra.

Con bastante frecuencia se destinó a las infanticidas la pena de muerte por el fuego, típicamente prevista para las infracciones atentatorias a la religión, con lo que parece ponerse de relieve la significación espiritual de este delito.

En la época colonial, encontramos que en México se aplicaban las Leyes de Indias y las leyes de España, como el Fuero Juzgo, en el que se sancionaba con la muerte o ceguera al padre o a la madre que realizaba el infanticidio, según lo hemos mencionado anteriormente.

---

[27] EDUARDO LOPEZ BETANCOUR, Ob. Cit., Pág.122.

En la exposición de motivos del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1871, se expresa en relación al delito de Infanticidio lo siguiente:

"Ninguna legislación moderna castiga ya el infanticidio con la pena capital cuando lo comete la madre para ocultar su deshonra, y en un instante acabado de nacer. Esto mismo establece el proyecto, en el cual se han desechado las terribles disposiciones que contenían las leyes antiguas, que por su misma dureza han caído en desuso".

En este ordenamiento legal, al infanticidio lo encontramos en el Título Segundo "Delitos contra las personas, cometidos por particulares", capítulo X "Infanticidio", de los Artículos 581 a 586.

Admitía el infanticidio culposo, indicando que si el agente era un cirujano, médico, comadrón o partera, se tenía esta circunstancia como agravante en cuarto grado. Para el caso de la realización intencional del ilícito, la pena aplicable era de cuatro años cuando la madre lo cometía con el fin de ocultar la deshonra.

Es singular que en este código se presente como atenuante del delito, el hecho que la madre lo realizara con el fin de ocultar la deshonra, siempre que no tuviera mala fama, que el embarazo y el parto hubieran sido ocultados, que no se hubiera inscrito en el Registro Civil y que el infante no fuera hijo legítimo.

Con lo anterior y la exposición de motivos, este código agregó un apartado especial del homicidio, denominándolo infanticidio, ya que en todos los código de la época, se exoneraba de la pena capital a la madre que mataba a su hijo recién nacido, entonces se buscó la creación de una figura atenuada del homicidio.

Este código estipulaba a el infanticidio como la muerte causada a un infante en el momento de su nacimiento o en un lapso de setenta y dos horas después del mismo, pero el legislador omitió el elemento del parentesco, situación que motivó en el código de 1929 la creación de la figura del filicidio, por el cual castigaba el homicidio ejecutado por los padres en la persona de alguno de sus hijos.

En el Código de 1929, el delito de infanticidio se agrupó entro del Título Decimoséptimo "De los delitos contra la vida", Capítulo VIII "Del infanticidio y del filicidio".

Significativo resulta el hecho de que en este código se hiciera mención a dos figuras delictivas, el infanticidio y el filicidio, definiendo al primero como:

"Art. 994.- Llamase infanticidio: la muerte causada a un infante en el momento de su nacimiento o dentro de las setenta y dos horas siguientes".

Y define al filicidio de la siguiente manera:

"Filicidio es: el homicidio causado por los padres en la persona de alguno de sus hijos"[28].

El infanticidio causado por imprudencia o descuido, se sancionaba igual que en el Código de 1871, conforme a las reglas establecidas para las imprudencias punibles; pero si el reo fuere médico, cirujano, comadrón o partera, se consideraba como agravante en cuarto grado, además de suspenderlos de su profesión permanentemente.

En la actualidad con las reformas al Código Penal, introducidas mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de enero de 1994 en vigor a partir del primero de febrero del mismo año, ha cambiado radicalmente el tratamiento dado en la ley al infanticidio, ya que dicho delito fue derogado.

[28] EDUARDO LOPEZ BETANCOUR, Ob. Cit., Pág.125.

CAPITULO III

"FUNDAMENTOS LEGALES DE LA REPRODUCCION ASISTIDA"

3.1. CONSTITUCION

Nuestra constitución es omisa con lo que respecta a las Técnicas de Reproducción Asistida, mas hay que resaltar que fundamentándose esto, en que el derecho a la procreación, es un derecho derivado de diversos derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad y al derecho a recibir del Estado protección y respeto, se estima que el Estado de la misma forma en que no puede prohibir a las parejas tener o no tener hijos, no les puede tampoco prohibir el recurso a las técnicas de reproducción asistida. Ya que en nuestra constitución, si es regulada la libertad de toda persona a tener hijos, pues en su artículo 4 párrafo III, determina *"Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos"*. Esto siendo analizado para el caso concreto, da la libertad a todo mexicano de tener el número de hijos que desee, pero la cuestionante sería, si ello también abarca a las parejas infértiles que deciden someterse a las Técnicas de Reproducción Asistida, lo cierto también es que dicho precepto constitucional no menciona nada de la forma de tener descendencia de manera natural o artificial. Esto es normal, si se toma en cuenta que cuando fue redactada nuestra Constitución no existía en nuestro país ningún antecedente ni información que asegurara que en un futuro existiría la aplicación de estas técnicas que en la actualidad son una realidad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.1. CONSTITUCION

Nuestra constitución es omisa con lo que respecta a las Técnicas de Reproducción Asistida, mas hay que resaltar que fundamentándose esto, en que el derecho a la procreación, es un derecho derivado de diversos derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad y al derecho a recibir del Estado protección y respeto, se estima que el Estado de la misma forma en que no puede prohibir a las parejas tener o no tener hijos, no les puede tampoco prohibir el recurso a las técnicas de reproducción asistida. Ya que en nuestra constitución, si es regulada la libertad de toda persona a tener hijos, pues en su artículo 4 párrafo III, determina *"Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos"*. Esto siendo analizado para el caso concreto, da la libertad a todo mexicano de tener el número de hijos que desee, pero la cuestionante sería, si ello también abarca a las parejas infértiles que deciden someterse a las Técnicas de Reproducción Asistida, lo cierto también es que dicho precepto constitucional no menciona nada de la forma de tener descendencia de manera natural o artificial. Esto es normal, si se toma en cuenta que cuando fue redactada nuestra Constitución no existía en nuestro país ningún antecedente ni información que asegurara que en un futuro existiría la aplicación de estas técnicas que en la actualidad son una realidad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por otro lado y en cuanto al caso concreto que nos compete, nuestra Carta Magna, protege el derecho a la vida al decretar en su artículo 14 párrafo II que "Nadie podrá ser privado de la vida", y tomando en cuenta que el embrión ya es un conjunto de células con vida sería menester definir si éstas ya podrían ser determinadas como un alguien, tomando en cuenta que el embrión tiene todos los elementos necesarios para ser considerado como una persona desde el punto de vista del derecho positivo, pues en el proceso reproductivo hay una continuidad genética desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide hasta la muerte del hombre adulto.

3.2. LEY GENERAL DE SALUD

La Ley General de Salud es de observancia en toda la república y determina la normatividad general respecto de la salud reproductiva, haciendo énfasis en el derecho a la salud y sustentándose en el derecho constitucional emanado del Art. 4°, citado en el punto anterior.

En la Ley General de Salud de nuestro país es muy poco lo que se establece respecto a la Reproducción Asistida, siendo incluso el Reglamento de Investigación para la Salud el que es mas explícito en la materia.

El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud establece en su capitulo IV, artículo 40, fracción XI que: "Fertilización

Asistida. Es aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro". De esta manera encontramos que nuestra legislación, si define la fertilización Asistida, mas sin embargo no hay articulo alguno que regule su aplicación, ya que la definición anterior parte de un reglamento que legisla lo relacionado a la investigación para la salud, lo cual se reafirma en lo establecido en su artículo 56 que a la letra menciona "la investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aun si éste difiere con el del investigador". Mas sin embargo a causa de los avance tecnológicos las disposiciones anteriores pasan a ser obsoletas, puesto que en la actualidad, la Fecundación In-Vitro, ya no es un método de investigación para la salud sino por lo contrario ya es una realidad, practicada a diario en nuestro país en varios hospitales y ha varias parejas infértiles.

Con lo anterior no queda mas que reconocer que nuestra Ley de Salud, ha quedado obsoleta en lo que respecta a la regulación de la Fecundación In-Vitro, reconociendo que en un esfuerzo por dar paso a la tecnología, la misma legislación regula en su Titulo Décimo Octavo, capítulo VI, artículo 466 como delito que " Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicara prisión de uno a tres años, sino se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años. La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser

inseminada sin la conformidad de su cónyuge.". Con ello vemos que nuestra Ley si previene en este caso la aplicación de la Inseminación Artificial no por el contrario la Fecundación In-Vitro y la crioconservación de embriones.

3.3. CODIGO CIVIL

El Código Civil para el Distrito Federal toma en consideración las técnicas de reproducción asistida en su artículo 267 que establece las Causales de Divorcio determinando que "El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge" es causal para invocar el divorcio necesario; por otro lado el artículo 326 relativo a la filiación establece en su segundo párrafo que el cónyuge varón "Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos". Y por ultimo en el titulo séptimo artículo 329 decreta que "Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos dias de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge".

Lo anterior es todo lo abarcado por el Código en cita respecto a la reproducción asistida, sin embargo con relación a la Fecundación In-Vitro en particular, es omiso, no incluyendo ningún tipo de referencia al caso concreto.

3.4. CODIGO PENAL

El único acto que tiene que ver con la salud reproductiva de las mujeres y que está penalizado en nuestro Código Penal, es el aborto. Su consideración es similar en los códigos penales de cada estado de la República, aunque la legislación no es la misma para todas las entidades federativas del país.

Las razones por las que el aborto no está penalizado y el número de estados que las permiten se resumen en el cuadro siguiente:

Causales por las que el aborto no es penado en México	Número de estados que las admiten
por violación	32
Imprudencial	29
por peligro de muerte	28
Eugenésico	10
grave daño a la salud	9
otras causas	4 (3 inseminación no deseada, 1 económicas, cuando la mujer tenga al menos 3 hijos)

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

Llama la atención el hecho de que en el Código Penal del Distrito Federal, no aparece penalizada ninguna acción realizada en detrimento de la salud y/o salud reproductiva de la mujer salvo en el caso de aborto.

El aborto no es penalizado sólo en los casos en que éste sea producto de una violación, de una inseminación artificial no consentida, cuando de no provocarse el aborto la mujer corra peligro de afectación grave a su salud, cuando el producto tuviere diagnosticado deformaciones genéticas o congénitas que pongan en riesgo su supervivencia o si es resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada. (Art. 334).

Los sujetos de la acción penal son la mujer y la persona que le realice el aborto (cualquiera que sea su formación profesional). Para la mujer las penas van de 6 meses a 3 años de prisión (Art. 332). En el caso de la persona que realice el aborto, de 1 a 8 años de prisión, según exista o no consentimiento por parte de la mujer y/o violencia física o moral (Art. 330); además de la suspensión del ejercicio de la profesión (aplicable a médicos y parteras) (Art. 331).

Tomando en consideración las disposiciones anteriormente mencionadas relativas al aborto y haciendo un estudio de éstas, se podría llegar a la conclusión de que la única diferencia entre el aborto y la destrucción de

embriones es que la muerte del producto de la concepción en el aborto se da dentro de la matriz de la mujer y en el caso del embrión, la muerte del producto se lleva a cabo en un laboratorio.

Los artículos sobre el aborto no prevén las técnicas de reproducción asistida y por consiguiente ignora por completo el destino de los embriones sobrantes, cuya manipulación o destrucción podrían acarrear consecuencias penales.

CAPITULO IV

"REPOSABILIDAD PENAL DE LA FECUNDACION IN-VITRO"

4.1. LOS EMBRIONES Y LA FECUNDACION IN-VITRO

La fecundación in vitro consiste esquemáticamente en la fecundación extracorpórea de los gametos masculino y femenino en un ambiente creado en el laboratorio que reproduce el de las trompas de Falopio. Posteriormente se realiza la transferencia del embrión al útero de la mujer. Si se logra que se produzca la implantación (lo que no ocurre siempre) y sino media alguna complicación (aborto, embarazo extrauterino, etc.), se continuaría con una gestación normal.

Más detalladamente, el primer paso de esta compleja técnica consiste en la obtención de los óvulos. En la actualidad no es posible la conservación de los mismos, por lo que su obtención se ha de producir poco antes de proceder a la fecundación. Habitualmente se realiza un tratamiento previo de estimulación ovárica mediante el cual se logre una maduración folicular múltiple y un mayor número de óvulos[29], ya que de forma normal sólo se libera un único óvulo en cada ciclo. Para este tratamiento son utilizados distintos tipos y dosis de hormonas (en general gonogotropinas), según el caso y según el seguimiento que se realiza[30]. Posteriormente también la ovulación se induce por medio de hormonas. No obstante, la estimulación ovárica por medio de hormonas no está

29 B.COROLEU Y OTROS, "Fecundación in vitro" en Innovaciones científicas en la reproducción humana. Aspectos biológicos, psicosociales, antropológicos, éticos y jurídicos, San Esteban, Salamanca, 1987, p.179.

30 El desarrollo folicular se evalúa por medio del análisis del nivel de estrógenos en sangre y su tamaño se mide por medio de ultrasonidos (L.MASTROIANI, "Reproductive Technologies: Introduction", en W.T. Reich, Encyclopedia of Bioethics, Macmillan, New York, 1995, p.2209).

exenta de riesgos y posibles efectos secundarios[31]. Entre ellos destaca la hiperestimulación ovárica, que puede provocar quistes y otras complicaciones y que, según la American Society of Reproduction, ocurre entre el uno y el cinco por ciento de los ciclos de tratamiento.

Entre otros efectos secundarios destacan los embarazos múltiples (hasta el 20% de los embarazos), un ligero incremento del porcentaje de embarazos ectópicos o extrauterinos con respecto a la tasa normal, riesgo de torsión ovárica (en menos del 1% de los casos) que exige cirugía o incluso la extirpación, y una influencia aun no bien conocida sobre el cáncer ovárico.

No serían tampoco descartables manifestaciones de efectos secundarios sobre los fetos; las experiencias con otros productos y los estudios con algunos de los que se usan para estos fines ponen en guardia sobre esta posibilidad[32]. Para evaluar el desarrollo y la madurez de los óvulos, así como para evitar casos graves de hiperestimulación, se realizan varios controles que incluyen ecografías y diversos análisis.

Siguiendo con lo que es el procedimiento de estimulación ovárica en la fecundación in vitro, en el momento en que se considera que la madurez de los óvulos es la adecuada, se induce la ovulación, que sobreviene de treinta a cuarenta horas después.

31 C.TIBI Y OTROS, "Prediction des hyperstimulations ovariennes" Fertilité Contraception, Sexualite 17/7-8 (1989),p. 751.
32 L.TABOADA, "La maternidad tecnología de la inseminación artificial a la fertilización in vitro, Icaria, Barcelona, 1986, p.44.

Dentro del tiempo en que es esperable la ovulación, se procede a la recuperación de los óvulos mediante una punción, para lo cual es frecuente el ingreso en clínica de la mujer, el cual se eleva a dos días si se utiliza la laparoscopia. La obtención de los óvulos se realiza por medio de procedimientos como la laparotomía (apertura quirúrgica del abdomen, ya en desuso), laparoscopia (mediante un examen endoscópico de la cavidad peritoneal)[33], o punción bajo visión ecográfica[34].Este ultimo método tiende a ser el más utilizado por no requerir una anestesia general ni hospitalización y por permitir la obtención de un mayor número de óvulos: hasta el 80% de los casos el líquido folicular que se obtiene contiene óvulos. Aún así, la elección entre estos métodos depende del equipo que realice la intervención, pues en todo caso también pueden presentar efectos secundarios como dolores vesiculares o pélvicos, pinzamiento de intestinos, etc.

Una vez obtenido el líquido folicular en el quirófano, se remite al laboratorio de fecundación, donde se determina la madurez de los óvulos y se colocan en un medio de cultivo que imita las condiciones naturales (por ejemplo, la temperatura de 37°C). Pero primeramente se ha de examinar el líquido para

33 Se realiza una punción bajo el ombligo en la que se introduce un tubo. Por ese tubo se introduce un laparoscopio, que es una especie de largo telescopio de fibra óptica. Una vez que se tienen los ovarios a la vista se realiza una punción de los folículos ováricos con una aguja fina y se extrae el líquido folicular en el que se encuentran los ovocitos, que después serán dispuestos en un medio de cultivo que los permita madurar.

34 Se trata de una sonda ecográfica con guía de aguja con la que se realiza la punción de los folículos, todo lo cual es observador en una pantalla ecográfica. Debido al tamaño minúsculo de los óvulos (a pesar de que son las células humanas más grandes) la punción se realiza unas horas antes de la ovulación, y no se aspiran los óvulos sino el líquido folicular antes de que rompan los folículos, ya que éstos son macroscópicos y perceptibles mediante la ecografía.

identificar la presencia de óvulos mediante una lupa binocular. Posteriormente se colocarán en el mismo medio los espermatozoides (entre treinta mil y cien mil aproximadamente) separados del líquido seminal y sometidos a diversos procedimientos de "capacitación"[35]. Posteriormente son enfrentados óvulos y espermatozoides buscando que se produzca la fertilización, cosa que ocurre aproximadamente en el 75% de los casos. Tras un periodo inferior a las veinticuatro horas se extraen de ese medio los óvulos para apreciar los signos de fertilización, y se traslada –en su caso- a los cigotos a un medio de crecimiento, donde se producirá la división celular[36], para posteriormente ser transferido o crioconservado.

A las pocas horas (entre treinta y seis y cuarenta y ocho después de la punción) se realiza la transferencia del embrión. Es decir, se introduce el embrión (que ya ha realizado alguna división celular y tiene un tamaño de unos 0.2 mm de diámetro) por medio de un catéter a través del canal cervical endometrial de la mujer para inyectarlo en el interior del útero. Se trata, en general, de un procedimiento indoloro. Tras esto, algunos especialistas indican que la mujer ha

35 La capacitación es un tratamiento utilizado tanto en la fecundación in vitro como en las inseminaciones intrauterinas o intraabdominales. Con él se persiguen tres objetivos: separar los espermatozoides del resto del esperma (fundamentalmente del plasma seminal, los que se realiza por centrifugado); seleccionar las células más móviles permitiendo su paso a un medio de cultura apropiado; y preparar los espermatozoides para entrar en las envolturas de los óvulos. Una vez realizado este proceso, del esperma inicial se obtiene una solución homogénea de espermatozoides móviles y libres de gérmenes limitada a un volumen medio de aproximadamente 0.5 ml. Estos procedimientos también pueden buscar otros objetivos, tales como una mayor concentración espermática. J.M. Debry, "La fertilité contrariée, Pág.140,141

36 El "cigoto" es la célula resultante de la fecundación de dos gametos. En esta célula ya está presente toda la información genética del hipotético futuro individuo. No obstante, el proceso de fecundación es largo y complejo. Los siguientes estadios del desarrollo se distinguen por el número de células en que se ha dividido ("mórula", "blastocito") hasta que se produce la anidación en las paredes del útero, lo que ocurre alrededor del día decimocuarto de crecimiento. En este momento el embrión ya posee además las características que lo individualizan: "la unidad" (o cualidad de ser único) y la "unicidad" (distinción de cualquier otro). Hasta ese momento, casi la mitad de los embriones (en general, no limitado al caso de la fecundación in vitro con transferencia de embrión) son abortados espontáneamente. En el caso de la transferencia de embrión el porcentaje es algo más elevado.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de guardar una hora de reposo absoluto, para ser dada de alta a las veinticuatro horas; pero para otros se trata de una práctica inútil y molesta.

Hay que hacer notar que en la práctica totalidad de los casos no se transfiere un solo embrión, sino varios. Lo habitual es que sean de tres a cinco, aunque se han dado casos en que el número de embriones transferidos era sensiblemente mayor, con el subsiguiente aumento de los riesgos para la mujer (abortos, partos anticipados, partos múltiples, etc.) y para los hijos (muertes prematuras).

La razón de las transferencias múltiples es que las posibilidades den una efectiva anidación de los embriones transferidos, y por consiguiente de lograr un embarazo, lo cual es relativamente bajo. De esta forma, se pretende se aumente el número de embarazos sin necesidad de recurrir a una ulterior transferencia en el caso de no conseguir la anidación.

Sin embargo, las posibilidades de embarazos múltiples – y de los problemas que éstos acarrean – aumentan en igual medida. Para el caso de embarazos múltiples se han planteado y se han realizado los llamados procedimientos de reducción embrionaria, consistentes en la provocación de abortos por medios químicos o mecánicos para reducir el número de embriones.

Después de que se realice la transferencia embrionaria la mujer ha de esperar que en catorce días no tenga la regla. Si es así, se realizarán las pruebas para determinar un posible embarazo. Si el embarazo no se produce se tendrá que

esperar un plazo de tres meses antes de repetir el proceso y de proceder a una nueva recuperación de óvulos o en su caso de ocupar embriones sobrantes que hayan sido crioconservados.

Si hay embarazo se determinará ecográficamente el número de embriones implantados. Sin embargo, son relativamente frecuentes los abortos, en incluso los peligrosos embarazos extrauterinos, así como los partos prematuros y desde luego los casos de cesárea.

Los datos sobre el índice de éxito de la fecundación in vitro son bastante contradictorios y no ayudan a hacerse una idea sobre la situación real de esta técnica. La ausencia de control externo, la competencia entre los centros y su interés común por transmitir una visión optimista que induzca a la demanda de estos servicios hacen que los datos – cuando se ofrecen – tengan una tendencia clara al "optimismo".

En todo caso y sea cual sea la cifra real de éxitos de la fecundación in vitro, tanto por su escasez como por las circunstancias en que se lleva a cabo – y a pesar del triunfalismo y de su auge -, sigue siendo un técnica que hasta cierto punto es experimental. Quizá al tener esto presente puede ayudar a afrontar algunas de las complejas cuestiones que plantea.

Tampoco es fácil determinar, a la vista de los datos contradictorios existentes, si hay alguna variación en las dificultades del parto o en la salud de los nacidos.

Con respecto a posibles consecuencias a largo plazo – para los nacidos o para las mujeres tratadas, por ejemplo, debido al tratamiento hormonal – es obvio que aún no se pueden conocer con exactitud. Pero aun en el caso de los nacimientos hay opiniones contradictorias. Hay quien afirma que no existe ninguna diferencia apreciable con respecto a otros partos. Por el contrario, para el doctor Wood (figura importante en el desarrollo de la fecundación in vitro) los nacidos mediante esta técnica son "más inteligentes y con una motricidad más avanzada, etc."[37].

Frente a esto, el National Perinatal Institute australiano difundió en 1985 un estudio según el cual los nacidos por fecundación in vitro tienen cuatro veces más probabilidades de nacer muertos que otros, una mayor probabilidad de embarazos prematuros y de malformaciones.[38]

De todas formas, la fecundación in vitro aumenta el riesgo de polispermia, es decir, de que el ovocito sea fecundado por más de un espermatozoide, dando lugar a anomalías cromosómicas, que aunque con frecuencia no son viables, puede ser que se lleguen a desarrollar hasta el nacimiento. También existe un aumento del riesgo de anomalías cromosómicas, que aunque con frecuencia no son viables, puede ser que se lleguen a desarrollar hasta el nacimiento. También existe un aumento del riesgo de anomalías cromosómicas en los casos de estimulación ovárica para la obtención de ovocitos, pues algunos de

[37] L. TABOADA, Ob. Cit. p.11
[38] P. SOAKKIBE Y D, STEIMBERG, Made to order. The myth of Reproductive and Genetic Progress, Edit. Pergamon Press, Oxford, 1987, p.29.

éstos son inmaduros o hipermaduros. En caso de que sean inmaduros, hay que tener en cuenta que su maduración in vitro también aumenta el riesgo de anomalías cromosómicas[39].

Como se observa son muchos los riesgos y anomalías que se derivan de la Fecundación In Vitro, mas sin embargo el punto primordial que nos compete en la presente es la responsabilidad penal de la aplicación de esta técnica, partiendo del punto de vista de la Congelación y o crioconservación de los embriones, ya que tal como se ha visto para la aplicación de esta técnica de reproducción asistida en general la totalidad de veces en que se aplica, es necesario la crioconservación de embriones, siendo estos congelados, dejando a la deriva el futuro incierto de los mismos y en la mayoría de los casos siendo privados del derecho a la vida a causa de su destrucción.

Si la misión esencia del Derecho Penal es asegurar el respeto y la protección de los derechos fundamentales de cada persona, su intervención en la protección del embrión humano se hará efectiva siempre que éste sea reconocido "como una persona ante el derecho".

Como hemos visto, la genética moderna nos revela que desde los primeros momentos de la concepción un nuevo ser humano está programado, e inicia un

[39] J. EGOZCUE, "Bioética y Reproducción Asistida, en M. Casado, Materiales de Bioética y Derecho, Edit. Cedecs, Barcelona 1996, Pág. 259

proceso continuo de desarrollo. Bastaría, pues con aceptar que el embrión tiene unos derechos humanos, ya que es un ser humano.

El Derecho debe definir lo que es real y auténticamente justo, tras valorar la categoría de los bienes que entran en conflicto "la vida del embrión frente al deseo de un hijo, frete al progreso de la ciencia", se debe proclamar el respeto del derecho a la vida de la persona desde la concepción ya que es injusto atentar contra la vida o la integridad física de un ser humano inocente como lo es el embrión.

4.1.2. CONGELACION DE EMBRIONES

La congelación de embriones se da cuando al no ser transferidos en la fecundación in vitro, permanecen congelados y con un destino incierto. Esta es una situación altamente controvertida, sobre todo en lo referente a los llamados embriones supernumerarios, que fecundados in vitro pero no transferidos permanecen congelados y sin un futuro real.

Los primeros trabajos de investigación de esta técnica fueron realizados en mamíferos por A. Smith en 1952, encontrando el fracaso a esta técnica durante muchos años, debido a que al ser descongelados, por se demasiado rápido o demasiado lento, producía daños irreversibles a los embriones, mas es hasta el año de 1981 que se comunica la primera crioconservación de embriones

humanos, y es hasta 1983 cuando se logro la transferencia de un embrión humano que habia sido crioconservado.

Mas sin embargo una numerosa parte de embriones resultan dañados durante el proceso y se convierten en infecundos al resultar afectadas la mayoria de sus células. El porcentaje medio de supervivencia de las células sometidas a este proceso ronda el 60%. No obstante, un embrión incompleto, que tras este proceso conservase al menos la mitad de sus células vivas, podria ser transferido, ya que en estos primeros momentos cada célula es totipotencial, esto es, tiene la capacidad incluso aislada, de general un embrión normal.

A causa de la estimulación ovárica no es extraño obtener de una mujer diez o quince o veinte óvulos. Teniendo en cuenta que hasta un 60 u 80% pueden resultar fecundados, resta el problema de qué hacer con ellos. La congelación para su uso posterior es una de las posibilidades existentes, pero también se pueden desechar, donarlos, o utilizarlos como objeto de experimentación. En caso de congelación, que es lo más usual, una vez transcurrido cierto tiempo sin que sean usados, persiste el problema.

Desde que se logro el congelamiento de embriones, esta práctica se ha multiplicado en diversos paises y en Francia por ejemplo hay unos 300 embriones congelados, que esperan el momento de iniciar su desarrollo, lo cual es incierto en su realización, y asi como este pais hay muchos mas que se enfrentan al mismo problema.

Y es que al practicarse la fecundación en laboratorio se abren dos posibilidades: o se implantan de inmediato, en el útero de la mujer, la totalidad de los embriones, lo que implica el riesgo de embarazos múltiples[40] o, en cambio, se congelan algunos de los embriones para los efectos de utilizarlos en el futuro, si la primera implantación no deriva de un embarazo normal.

Ahora bien no hay que perder de vista que el rechazo al congelamiento de embriones, para su posible utilización futura, implica hacer sufrir a la mujer, en cada ciclo mensual, una extracción de óvulos. Mas sin embargo un importante sector de opinión rechaza la posibilidad de congelamiento, sosteniendo como fundamento que se trata de un ser humano cuyo proceso de desarrollo vital no puede ser deliberadamente suspendido.

4.1.3. EMBRIONES SOBRANTES

Cuando en la Fecundación In-Vitro los resultados son excelentes y tras una transferencia de embrión se logra la implantación y sobreviene un embarazo que da como resultado un nacimiento sin ningún problema. En este caso no se continuarían intentando más transferencias de embrión a menos que se deseara otro embarazo. O bien suponiendo que en otro caso por razones de cansancio, desánimo, etc. una pareja que se sometía a la técnica decide no

[40] PEDRO BARRI, "Aspectos Médicos de las nuevas tecnología de reproducción humana", Edit. Madrid, 1985, pág.29.

intentar transferencias. En ambos casos y según las circunstancias, puede suceder que no quede ningún embrión sin haber sido transferido o, por el contrario, que quede alguno crioconservado. En este último caso se está frente a lo que se ha denominado *Embrión Sobrante.*

El destino de estos embriones es controvertido y ha suscitado amplias discusiones. En principio, generalmente se considera indeseable que permanezcan crioconservados (congelados) indefinidamente, o incluso por un periodo de tiempo demasiado largo, las razones de esta consideración van desde lo ético y jurídico, hasta el hecho principal del desconocimiento de los efectos a largo plazo de la crioconservación y el evitar por otro lado que se vean separados en el tiempo de los planes reproductivos de sus genitores.

Las soluciones del futuro de un embrión sobrante son la crioconservación, ser utilizados para la investigación o la experimentación, ser transferidos a una mujer distinta a la que suministro el óvulo (adopción prenatal).

En esté punto se crea un dilema con lo que respecta al estatus del embrión humano, lo cual es un tema muy controvertido por sus interrogantes éticos y jurídicos, ya que la ley es muy explicita al determinar en su articulo 22 de nuestro Código Civil que el producto de la concepción entra bajo la protección de la ley desde le momento en que esta se da.

Ahora bien como se ha venido mencionando en el proceso reproductivo hay una continuidad genética desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide hasta la muerte del hombre adulto. La presunción científica es, por tanto, que el embrión, desde los primeros estadios, es un individuo de la especie humana, un hombre. La cuestión del estatuto del embrión es la cuestión de cada uno de nosotros; no hay ningún argumento contra la personalidad del embrión que no sea un argumento contra la personalidad del adulto.

El embrión tiene todos los elementos necesarios para ser considerado como una persona, es una persona humana desde el punto de vista filosófico y del derecho positivo. Existe pues, el deber de tratar al embrión como una persona humana.

Ciertamente la solución para los embriones sobrantes será siempre mala ya que es una situación trágica donde cualquier solución que se adopte dará como resultado un daño ético o incluso jurídico para el futuro embrionario.

La crioconservación indefinida no es lo más apropiado, pues se aumentaría el número de embriones año tras año. En cuanto a la donación a parejas estériles, en la práctica no se hace y crea muchos conflictos entre los receptores y los donantes; la destrucción es una solución de repugnancia moral y la investigación destructiva reduce el embrión a la condición de cosa desechable.

4.2. OBJECION A LA FECUNDACION IN-VITRO

Las creencias y posturas sobre el estatus del embrión son centrales para definir qué es lo permisible o no en la fecundación in vitro, o incluso si es permisible la propia fecundación in vitro, ya que desde determinados puntos de vista se mantiene que el hecho de realizar una fecundación extracorpórea es en cualquier caso inadmisible.

Desde otros puntos de vista, se mantiene que la fecundación in vitro sólo sería admisible en el supuesto de que su práctica no significase una pérdida de embriones superior a la que se da en el proceso natural, ya de por sí elevada. O sólo en el caso de que todos los embriones fecundados sean transferidos al útero y se les permita continuar con su desarrollo hasta el nacimiento: en otras palabras, y tal como a veces se ha formulado, ***existiría un derecho del embrión a ser implantado,*** o incluso ***un derecho del embrión al nacimiento.***

En los procesos de fecundación in vitro es habitual que se fecunde un número de embriones superior al que se va a transferir. O desde luego superior a los que se van a transferir en una primera tentativa. Así pues, los embriones son conservados a bajas temperaturas, de forma que se interrumpe su desarrollo, pero pudiendo ser recuperados en un momento posterior y utilizados para intentar otro embarazo.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

Existen algunas cuestiones con relación a esto. Al margen de si la conservación de embriones es o no moralmente admisible, los problemas fundamentales son los referentes al tiempo máximo permisible de conservación de los embriones y a sus ulteriores destinos. Con relación al tiempo de conservación no existen criterios asentados en nuestro país, como tampoco grandes conocimientos sobre las consecuencias a largo plazo de esta técnica con respecto a los embriones. Ya el Warnock Report inglés propuso en 1984 establecer un tiempo máximo de almacenamiento[41], lo que fue adoptado tanto por la legislación inglesa como por la de otros países, aunque con variaciones en el tiempo máximo, en España la ley 35/1988 establece que "Los embriones sobrantes de una FIV (Fecundación In Vitro), por no transferidos al útero, se crioconservarán en los Bancos autorizados, por un máximo de cinco años".

Este fue precisamente el problema que con importante repercusión mediática se manifestó en el Reino Unido en el verano de 1996. ¿Que hacer con un importante número de embriones congelados una vez que acababa el plazo máximo de almacenamiento? La solución que pasaba por su destrucción fue duramente contestada en una campaña internacional de las organizaciones "pro-vida", pero no era sino el resultado visible de una decisión legislativa tomada años atrás. Poco después este problema se producía en España, igualmente por empezar a cumplirse los plazos máximos de almacenamiento previstos por la ley. La polémica, no obstante, fue considerablemente menos

[41] M. WARNOCK, Ob. Cit., p.53.

dura: en parte por la ambigüedad de la ley, en parte por su reducida efectividad, de la que esta cuestión era la enésima manifestación.

De esta forma la crioconservación de embriones, que en un primer momento se vio como un medio de salvar el dilema de los embriones excedentarios, no hizo sino aplazarlo. Los posibles destinos para los embriones almacenados, una vez que acaba el tiempo que se considera aconsejable mantenerlos almacenados, pasan por tres posibilidades. La primera es su transferencia intentando lograr un embarazo al igual que en cualquier procedimiento de fecundación in vitro con transferencia de embrión. O bien intentar lograr un embarazo con la madre genética del embrión, o bien intentarlo en otra mujer, en lo que será una donación de embrión o adopción antenatal, cuyos problemas y dificultades son varios. Las otras dos posibilidades son la destrucción y la utilización para la investigación y experimentación, aunque ambas suscitan debate desde le punto de vista jurídico y moral.

El status legal y ético del embrión humano ha sido discutido ampliamente y a pesar de ello, sigue sujeto a controversias, no solamente en relación con el aborto, sino también en relación con las alternativas de reproducción actual, tales como la fertilización in vitro.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El embrión es fisiológicamente complejo y sus posibilidades para producir un nacimiento vivo son más prometedoras. Se ha implantado en la pared del útero y desarrolla un sistema nervioso y otros órganos. Hacia la octava semana ha avanzado en estructura, tamaño, forma y diferenciación de sus órganos.

Actualmente no hay ninguna regulación legal sobre los derechos del embrión in vitro, pero existe una serie de normas sobre los derechos del nacido, desde la concepción hasta su nacimiento.

El no nacido, no importa la etapa gestacional desde el momento en que es concebido goza de la protección del Derecho, tal como lo establece al Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 22 que determina *"desde el momento que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido...."* Comprendiéndose de esta manera, en primer lugar la preservación de la vida, y se le tiene por nacido para ciertas consecuencias legales, como capacidad para heredar y para recibir legados y donaciones, así los hijos póstumos heredan.

Si el niño fue concebido en el útero materno, puede heredar, entonces no hay razón lógica o de orden público por el cual el concebido in vitro no pueda heredar, y por consiguiente no hay duda alguna que tiene derecho a la vida y que la destrucción de un embrión es un atentado contra el derecho a la vida.

Si la misión esencial del Derecho Penal e asegurar el respeto y la protección de los derechos fundamentales de cada persona, su intervención en la protección del embrión humano se hará efectiva siempre que éste sea reconocido "como una persona ante el derecho". Ahora desde el punto de vista jurídico la vida no es un derecho que posea el embrión, sino un bien jurídico, y al Estado se atribuye el deber de salvaguardarlo.

En el Código Penal vigente se protege la vida del embrión con ciertos límites (supuestos de aborto), pero no se considera delito la destrucción de embriones obtenidos mediante Fecundación In-Vitro. De ahí se deduce que la vida del embrión en sus primeros estadios el desarrollo, no se considera un bien jurídico que deba ser protegido por el Derecho Penal, acaso para nuestro país la destrucción de un embrión no implantado es tan mínimo que no merece un castigo penal, que diferencia hay entonces con el valor jurídico que le dan a un embrión implantado en el caso del Aborto.

En definitiva mientras no exista una ley que regule la aplicación de la Fecundación In-Vitro así como las demás Técnicas de Reproducción Asistida, debería de haber una objeción a su practica, ya que si bien es cierto no se puede ir en contra de los avances tecnológicos, lo cierto también es que mientras no se garantice el debido uso de estos sin ocasionar ningún daño a

nadie, no es adecuado continuar con estas prácticas, por ello entonces es necesario una reforma a ordenamientos jurídicos.

4.3. ABORTO U HOMICIDIO

Desde el punto de vista del Derecho Penal, no hay delito ni pena sin ley previa que lo determine

Después de la explicación médica de la fecundación In vitro y los detalles éticos y jurídicos que de su aplicación se desprenden, lo siguiente es determinar si en nuestra legislación actual determina alguna responsabilidad penal en la aplicación de dicha técnica, particularmente en lo que respecta a la destrucción de los embriones sobrantes.

Como anteriormente se ha señalado es muy usual que una vez dada la aplicación de la Fecundación In-Vitro existan excedentes de embriones congelados cuyo destino es incierto, siendo generalmente y en la mayoría de los casos la destrucción de estos la solución.

Nuestro Código Penal establece en su Titulo Decimonoveno los Delitos contra la vida y la Integridad Corporal, dentro de los cuales se encuentran el Homicidio y el Aborto, que son los delitos en que el bien Jurídico Tutelado es la Vida.

Respecto al Homicidio nuestro Código Penal para el Distrito Federal vigente determina en su artículo 302 "Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro". Con ello se define entonces que el homicidio es la destrucción de la vida humana

Los elementos del tipo de homicidio son:

a) Bien Jurídico Protegido: la vida

b) Objeto Material: es la persona física sobre la cual recae la conducta criminosa.

c) Sujeto Activo: Cualquier persona que cometa la acción u omisión.

d) Sujeto Pasivo: Cualquier persona sobre quien recae la acción u omisión.

e) Medios: El artículo 302 del Código Penal, no hace alusión a los medios con que puede cometerse el homicidio ; pero si nos remitimos al artículo 315, se refieren exclusivamente cuando el homicidio y las lesiones son calificados, dependiendo de ciertas circunstancias a producirse en la conducta del activo, que en este caso con la premeditación, la alevosía, la ventaja o a traición, y el artículo 316 del mismo ordenamiento nos describe cada una de ellas, que en este caso son los medios utilizados para cometer el hecho delictuoso, que puede ser un arma de fuego, un

objeto que puede ser utilizado como arma, ya sea un palo, un hacha , cuchillo, etc. y estos pueden ser de cualquier naturaleza, idóneos para producir la muerte.

Con lo que respecta al caso en comento, la destrucción de los embriones sobrantes de la fecundación In-.Vitro, no entran dentro de este tipo penal, con ello la conclusión seria que dicha acción, aun cuando atenta contra la vida del producto de la concepción no se encuadra dentro del delito de homicidio, ya que tal como lo definen los autores el homicidio es la muerte de un ser humano y el embrión in- vitro no es aun una vida humana, ya que aun no esta formado como tal.

Respecto al delito de Aborto nuestro Código Penal vigente establece en su artículo 329 "Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez". Comete entonces el delito de aborto el que hiciere abortar a una mujer en cualquier momento de la preñez, o aquella mujer que aceptare someterse al aborto o que lo propiciare voluntariamente.

Los elementos del tipo del delito de aborto son:

a) Presupuesto del delito: embarazo, ya que para que se de el delito de aborto se necesita dar muerte al producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, para ello es indispensable la existencia de un presupuesto material del hecho del embarazo.

b) Bien Jurídico: la vida del producto de la concepción ya sea embrión o feto, no olvidemos que se denomina embrión al producto de la concepción hasta la duodécima semana gestacional, posteriormente se le denomina feto, esto se establece en el artículo 314 de la Ley General de Salud.

c) Objeto Material: Es el producto de la concepción ya sea embrión o feto.

d) Sujetos Activo: El que comete el aborto, sin olvidar que el delito de aborto puede llegar a ser pluripersonal en virtud de que la mayoría de ocasiones no solamente la mujer se induce ella misma el aborto sino que también llegan a intervenir por lo menos dos sujetos activos; el que realiza el aborto y la mujer embarazada.

e) Sujeto Pasivo: El producto de la concepción ya sea embrión o feto.

f) Medios: Pueden ser físicos o químicos.

De acuerdo a lo anteriormente citado, entonces tenemos que el Delito de Aborto no abarca el embrión in- vitro, ya que tal como lo establece el tipo penal es necesario la preñez del sujeto activo lo cual no sucede en el caso de los embriones sobrantes.

Ahora, si bien es cierto el delito en comento tutela el bien jurídico de la vida del producto de la concepción, lo cual debería de abarcar el embrión in-vitro, pero la situación real es que la fecundación In-vitro aun cuando da como resultado al producto de la concepción que es el embrión es realizada de manera externa a la mujer por consiguiente no se puede aducir que existe la preñez de una mujer aun cuando si existe el producto de la concepción, tomando en cuenta que la concepción se da en el momento que el óvulo es fecundado por un espermatozoide. Por consiguiente se concluye que el delito de Aborto contemplado por nuestro Código Penal no abarca la destrucción del producto de la concepción (embrión) cuando esta se ha llevado a cabo de forma externa.

Con lo anterior entonces se aduce que la aplicación de la fecundación In-Vitro y la destrucción de un Embrión In-Vitro no tienen ningún tipo de responsabilidad penal, aun cuando se priva de la vida al producto de la concepción.

Como se ve en ningún presupuesto Penal se contempla el derecho de vida del Embrión In-Vitro, con lo cual se aduce que no existe ninguna responsabilidad penal de quienes congelan y descongelan embriones in-vitro, lo cual es preocupante partiendo del punto de que los avances tecnológicos han sobrepasado a nuestra ciencia jurídica al grado de atentar contra la vida del producto de la concepción violando con ello un derecho constitucional, es decir el derecho a la vida, es por ello que se considera meramente importante regular esta situación jurídica ya que de no hacerlo se atenta contra la humanidad ya que al no regular la situación se daría paso a mas avances científicos que

atenten contra el desarrollo del hombre ocasionando con ello una catástrofe, tal como se ve ahora con los avances de la clonación, es forzoso la creación de un tipo penal que regule el derecho a la vida del embrión crioconservado ya que es de hecho que sería imposible prohibir la realización de la aplicación de un avance científico tan importante como la fecundación in-vitro y tal como se ha tratado en el presente no es objetivo el coartar el desarrollo de la ciencia sino simplemente establecer legalmente el uso adecuado de ésta, además de no regular se denotaría el gran rezago jurídico de esta época y la falta de interés de nuestros legisladores de aportarnos legislaciones actuales que se encuadren a nuestro presente permitiendo con ello la violación de derechos constitucionales.

4.4. CASO PRACTICO DEL DR. AGUILAR

Para el presente punto a desarrollar, se debe observar que en nuestro país ya existen varias clínicas que ofrecen este servicio, mas sin embargo los médicos que realizan dichas técnicas por lo que ellos llaman ética profesional, se niegan a hablar del tema de las técnicas siempre que no sea con el fin de solicitar sus servicios para someterse a ellas. Es por ello que la presente entrevista es corta mas sin embargo clara y concisa, declarando la situación real de una pareja que se sometió a esta técnica de reproducción asistida.

Dr. Aguilar

Especialista Gineco-Obstreta, Endocrinólogo Reproductivo, con diez años de experiencia en el ramo.

DECLARACION

Marzo de 1998

Se presentan a consulta el matrimonio Herrera, quienes después de dos años de intentar tener familia no lo habían conseguido.

Después de la primera consulta donde se les hablo de las posibles causas de infertilidad y de las Técnicas de Reproducción Asistida a las cuales se les podría someter para lograr un embarazo; decidieron realizarse los estudios necesarios para integrarse a la lista de aquellas parejas que desean tener hijos con ayuda asistida. El examen físico completo que presta especial atención a los órganos reproductivos fue el paso siguiente a la primera consulta.

RESULTADOS

Como resultado de los exámenes físicos se determino que la causa de infertilidad era la Obstrucción de trompas a causa de adherencias en la superficie externa de las trompas lo cual provocaba que el óvulo no pudiera ser fecundado.

Después del resultado de los exámenes se les hablo de las posibles soluciones, las cuales consistían en corregir el problema de obstrucción de trompas por medio de una cirugía, lo cual retardaría el embarazo de la Señora o por otro lado la aplicación de la Fecundación In Vitro.

La decisión de la pareja fue someterse a la FIV, para lo cual fueron debidamente informados de los pasos siguientes.

Enero de 1999: Después de provocar la ovulación en la Sra. Herrera, se recolectaron los gametos de ambos consortes, siendo la técnica de punción la aplicada para la recolección de los óvulos.

Fueron en total 13 óvulos los conseguidos por la estimulación ovárica.

Inmediatamente se prosiguió a la fecundación In-Vitro enfrentando los gametos y consiguiendo la fecundación del óvulo, que dio como resultado, 13 embriones los cuales fueron capacitados para su implantación y transferencia.

En el mismo mes días después se prosiguió a la transferencia de 5 embriones capacitados para su implantación, dejando 8 embriones crioconservados para el caso de la frustración del primer intento, ya que es común que por la situación física y anímica de la paciente surja un rechazo del cuerpo materno a dichos embriones, lo cual ocasiona el aborto de los mismos. En el caso en comento y tomando en cuenta el estado físico ideal de la paciente, de los 5 embriones implantados solo fueron 3 los abortados y 2 los que comenzaron su desarrollo embrionario correctamente, lo que emociono a la feliz pareja quienes el 12 de octubre del mismo año tuvieron dos bebes completamente sanos.

PREGUNTAS

1.- ¿QUE SUCEDIÓ CON LOS 13 EMBRIONES SOBRANTES QUE FUERON CRIOCONSEVADOS?

De acuerdo a los estatutos de la clínica, los embriones crioconservados deben permanecer dos años en congelamiento, posteriormente son destruidos.

2.- ¿COMO ES QUE SON DESTRUIDOS DICHOS EMBRIONES?

Simplemente se retiran del congelador ocasionando que debido a la temperatura exterior se descongelen y mueran ya que no cuentan con un ambiente propicio para su desarrollo.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.- ¿LA PAREJA HERRERA SABE DEL DESTINO DE ESTOS EMBRIONES?

Teóricamente sí, pues en las primeras platicas se les comenta lo que sucede, pero posteriormente con la emoción del nacimiento de sus hijos se desentienden y no vuelven a informarse de la situación.

4.- ¿SE LES INFORMO PERSONALMENTE LA DESTRUCCIÓN DE LOS EMBRIONES UNA VEZ CUMPLIDOS LOS DOS AÑOS?

No, ya que es muy difícil volver a localizar a una pareja que una vez que cubre sus expectativas de ser papas.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La aplicación de la Fecundación In Vitro, así como la destrucción del embrión resultado de esta, no incurre en ninguna responsabilidad penal, ya que nuestro Código Penal Vigente, no establece ningún tipo penal que encuadre dicha acción en un delito que atente contra la vida. Pudiendo crearse un tipo penal para el caso concreto.

SEGUNDA.- Las consideraciones éticas y legales sobre las técnica de reproducción humana denominada Fecundación In-Vitro parte del análisis científico realizado por comisiones integradas por profesionales de la salud (médicos, científicos, psiquiatras), juristas, sociólogos, psicólogos y otros, lo que posibilita que la utilización, fines y consecuencias de aquellos se regule contemplando preceptos legales y éticos, en los que resulta el compromiso moral del individuo con el mismo y con la sociedad donde se desenvuelve.

TERCERA.- Los problemas de índole ético-legales surgidos con la aplicación de las técnicas de reproducción asistida provocaron que aquellos países en que más se desarrollaron dichas técnicas fueran los pioneros en la modificación de sus Códigos y de sus legislaciones vigentes. El resultado fue la creación de nuevas leyes, específicas sobre reproducción asistida que regulan disímiles

aspectos sobre la filiación, la herencia, la paternidad, el derecho de familia el derecho a la vida, etc., los cuales luego de permanecer invariables durante siglos se tomaron insuficientes ante las novedosas situaciones.

En mi opinión y con una perspectiva ética-personal considero que las técnicas de reproducción asistida, especialmente las que implican fecundación in vitro vulneran la dignidad del hijo como persona humana en distintos aspectos y atentan contra el derecho fundamental a la vida, lo cual es un atentado contra el bienestar social.

CUARTA.- Al no existir una regulación jurídica que fundamente y regule la aplicación de estas técnicas, nos da como resultado:

La pérdida de embriones que conlleva al nacimiento de un niño concebido in vitro.

La congelación de embriones sobrantes que agrava el riesgo anterior, tanto por los efectos lesivos de la propia técnica en si como por la situación que se crea para el embrión, cuyo destino pasa a ser incierto (experimentación, donación, destrucción).

QUINTA.- La investigación sobre embriones atenta contra el derecho de todos los seres humanos a la inviolabilidad de la vida y a la integridad física y el uso

de las técnicas de reproducción asistida para obtener embriones destinados a la investigación, implica que el ser humano sea utilizado como medio o instrumento para el progreso de la ciencia.

SEXTA.- Se considera que el hecho de que nuestro país no cuente actualmente con todos los recursos necesarios para darle prioridad a un Programa Nacional de Fertilización, no tiene porque interferir en la labor legislativa de prever una fase médica que respalde las acciones emprendidas y futuras en este campo, garantía del respeto de los intereses individuales y colectivos.

SÉPTIMA.- Es urgente que nuestro país reglamente el uso aplicado de las técnicas de reproducción asistida y tutele de manera general el derecho a la vida de los embriones crioconservados.

PROPUESTA

La propuesta es entonces la creación de un tipo penal que castigue la mala aplicación de la técnica en cometo.

Si se creara un tipo penal para tutelar la vida del embrión, no diferirla mucho del tipo penal del aborto.

Se propone se regulara de la siguiente manera en nuestro Código Penal, denominando al delito como **Destrucción de Embriones Crioconservados** creando el capitulo IX dentro del Titulo Decimonoveno de los Delitos contra la vida y la integridad corporal , donde se tipificaría dicho delito siendo el primer artículo del tipo el que estableciera "Comete delito de destrucción de embriones aquel que diere muerte al producto de la concepción que estuviera crioconservado, y será sancionado con una pena de 8 a 12 años de prisión y multa de 500 días de salario mínimo.

Los elementos del tipo del delito podrían ser:

a) Presupuesto del delito: la existencia de un producto de la concepción es decir el embrión.

b) Bien Jurídico: la vida del producto de la concepción siendo este solo el embrión.

c) Objeto Material: Es el producto de la concepción (embrión).

d) Sujetos Activo: El que cometiere la destrucción del embrión, siendo dicho delito pluripersonal en virtud de que no solo sería el que llevare a cabo la destrucción del mismo, sino la que le preste ayuda, o cualquier persona, pudiendo estar los padres.

e) Sujeto Pasivo: El producto de la concepción (embrión).

f) Medios: Pueden ser físicos o químicos.

Incluso se crearían tipos especiales, pudiendo ser los siguientes:

----"En el caso de que la destrucción de embriones crioconservados sea con el consentimiento de los padres la pena será de 2 a 6 años de prisión, y la perdida de los derechos para poder adoptar o se tutor. Si faltare el consentimiento de alguno de los padres, la pena será aumentada en un tercio mas, y solo el padre responsable perderá los derechos para poder adoptar o ser tutor."

----"Si la destrucción de embriones crioconservados se hace sin el consentimiento de los padres, la pena será aumentada en una mitad mas, en su mínimo y máximo; si esta destrucción se hace por un medico, asistente de medicina, pasante en medicina, además de la pena anterior, serán suspendidos en el ejercicio de su profesión el tiempo igual al señalado de la pena de prisión."

Como vemos este presupuesto, sería muy parecido al de aborto, con diferencias como serían, que la responsabilidad incurriría también en ambos padres o en uno de ellos; ya que son ellos mismos quienes aceptan que el embrión resultado de la unión del gameto masculino del padre y del gameto femenino de la madre quede crioconservado, siendo también una diferencia el hecho de que en el aborto se tutela el bien jurídico de la concepción sea este un embrión o feto encubado en una mujer a diferencia de la destrucción de embriones ya que este solo tutelaría al embrión crioconservado, ya que aun la tecnología no llega a realizar la crioconservación de un feto.

GLOSARIO

BLASTOCITO Célula embrionaria que aún no se ha diferenciado.

BLASTOMEROS Cada una de las células en las que se divide un óvulo fecundado.

CIGOTO Célula resultante de la unión de los gametos masculino y femenino

CONCEPCIÓN Comienzo del embarazo, caracterizado por la implantación del blastocito; formación de un cigoto viable.

CRIOPROTECTOR Que tiene la facultad de proteger contra la lesión debida a congelación.

ESTRADIOL Nombre químico de C18H24O2; estra 1,3,5(10)-trieno 3,17 -diol. El estrógeno ovárico y placentario más potente en el ser humano, cuyas funciones principales son preparar el útero para la nidación del huevo y producir y mantener las características sexuales secundarias femeninas.

ESTRONA El primero de los estrógenos aislado en forma pura que se localiza en la orina de la mujer pura que se localiza en la orina de la mujer embarazada y es secretado por el ovario.

FECUNDACIÓN Acción de tornar los gametos fértiles o capaces de desarrollo ulterior, fertilización. La fecundación se inicia con el contacto entre el espermatozoide y el óvulo y origina la fusión de los mismos que estimula la maduración del óvulo para que llegue a su fin. El proceso de fertilización lleva a la formación de un cigoto y termina con el comienzo de su segmentación.

FOLICULINA Nombre en desuso para la estrona.

FOLICULO Saco, depresión o cavidad semejante a una bolsa en este caso, es el óvulo y las células que lo rodean en cualquier etapa de desarrollo.

GAMETO Célula reproductiva haploide (óvulo o espermatozoide) cuya unión es necesaria en la reproducción sexual para iniciar el desarrollo de un nuevo individuo.

GAMETOGENESIS Desarrollo de los gametos o células sexuales masculinas y femeninas.

GEMELOS MONOCIGOTICOS Los dos descencendientes desarrollados a partir de un cigoto o óvulo fecundado y que por lo tanto tiene genomas idénticos.

MORULA Masa sólida de blastómeros formada por segmentación de un óvulo fecundado.

MUCOSA Membrana o túnica mucosa.

ORGANOGENESIS Origen y Crecimiento de los órganos.

OVOCITO Óvulo en desarrollo en una o dos etapas, el ovocito primario (el que ha empezado la primera división de maduración pero no la ha terminado) ovocito secundario es el que se encuentra entre la primera división de la maduración y la segunda, esto antes de la ovulación.

OVULO Óvulo rudimentario dentro del ovario, óvulo situado dentro de folículo de De Graaf (Cada una de las vesículas ováricas o ovisacos, en los cuales están contenidos el óvulo y un liquido en el que se encuentra la foliculina o estrona.

PUNCIONADO Acción de perforar o penetrar con un objeto o instrumento puntiagudo.

BIBLIOGRAFIA

A. BELLO, "La Ley y el Delito", Caracas 1986

B.COROLEU Y OTROS, "Fecundación in Vitro" en Innovaciones científicas en la reproducción humana. Aspectos biológicos, psicosociales, antropológicos, éticos y jurídicos, San Esteban, Salamanca, 1987.

BUSTOS PUECHE, J.E., "El derecho español ante las nuevas técnicas genéticas".
International Federation of Fertiliy Societies, "Convención Internacional sobre Procreación Asistida", Viena 1995.

C. OCHOA MARIETA, "La inseminación artificial y la transferencia intratubárica de gametos" en *Innovaciones científicas en la reproducción humana. Aspectos biológicos, psicosociales, antropológicos, éticos y jurídicos*, San Esteban, Salamanca, 1987.

C.TIBI Y OTROS, "Prediction des hyperstimulations ovariennes" Fertilité Contraception, Sexualite 17/7-8 (1989).

EDUARDO LOPEZ BETANCOURT, Delitos en Particular, Edit. Porrua, México 1997.

FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Diccionario de Derecho Penal, Edit. Porrua, México 1998.

GARCIA HERRERA ARTURO. Diccionario Terminológico de las Ciencias Médicas. México, Editorial Salvat, 1980.

GONZALEZ DE LA VEGA, "Derecho penal mexicano. Los delitos, Porrúa, México, 1996.

J. EGOZCUE, "Bioética y Reproducción Asistida, en M. Casado, Materiales de Bioética y Derecho, Edit. Cedecs, Barcelona 1996.

J.M. DEBRY, "La fertilité contrariée".

JIMENEZ HUERTA "Derecho Penal Mexicano II", Edit. Porrua.

L. MARTINEZ-CALCERRADA, La nueva inseminación artificial.

L.MASTROIANI, "Reproductive Technologies: Introduction", en W.T. Reich, Encyclopedia of Bioethics, Macmillan, New York, 1995.

L.TABOADA, "La maternidad tecnología de la inseminación artificial a la fertilización in vitro, Icaria, Barcelona, 1986.

MAGGIORE "Derecho Penal, IV, Temis, Bogotá, 1972.

MONMSEN THEODOR, Derecho Penal Romano, Edit. Themis 1976

OLGA ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, "Análisis lógico de los Delitos contra la vida", Edit. Trillas

P. SOAKKIBE Y D, STEIMBERG, Made to order. The myth of Reproductive and Genetic Progress, Edit. Pergamon Press, Oxford, 1987.

PEDRO BARRI, "Aspectos Médicos de las nuevas tecnología de reproducción humana", Edit. Madrid, 1985.

WARNOCK.M., A Question of life. The Warnock Report on Human Fertilisation and Embriology, 1984, Blackwell, Oxford, 1993.

DICCIONARIOS

Diccionario de la Lengua Española.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICA DE LA UNAM, Diccionario Jurídico, Edit. Porrua, 1998.

OSSORIO Y FLORIT, MANUEL. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Buenos Aires, Editorial Heliastra, S.R.L. 1990.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal de 1871

Código Penal de 1929

Código Civil para el Distrito Federal

Código Penal para el Distrito Federal

Ley General de Salud

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.