



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES

“ARAGÓN”

LICENCIATURA EN DERECHO

“LA REGULACIÓN DE LAS TÉCNICAS
DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA MANIPULACIÓN
GENÉTICA EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

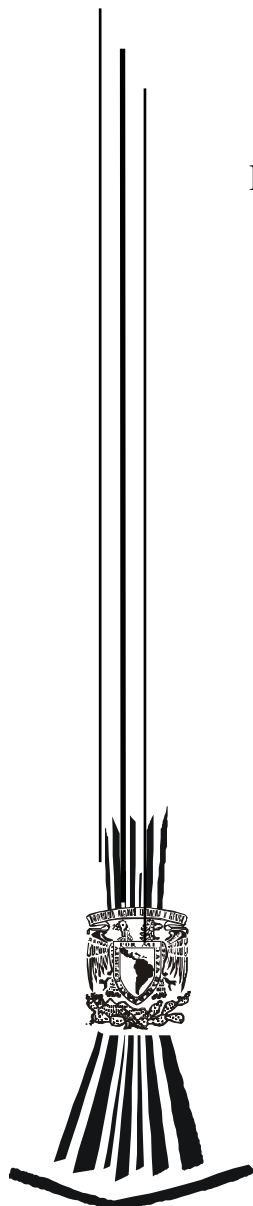
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

Ricardo Antonio Meza Buendía.

ASESOR:

Mtra. : María Graciela León López.



FES Aragón

BOSQUES DE ARAGÓN, ESTADO DE MÉXICO OCTUBRE DE 2011



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A TRINIDAD BUENDÍA Y VALENTIN MEZA.

A PATRICIA MORALES.

A MIS MAESTROS.

A MI FAMILIA.

A TODOS ELLOS, GRACIAS.

INDICE.

CAPITULO 1.

MARCO CONCEPTUAL DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA MANIPULACIÓN GENÉTICA.

1.1. Concepto de Técnicas de Reproducción Asistida .	1
1.2. Principales Técnicas de Reproducción Asistida.	3
1.2.1. Antecedentes de la Inseminación Artificial.	3
1.2.2. Conceptos de Inseminación Artificial.	5
1.2.3. Antecedentes de la Fecundación in Vitro.	7
1.2.4. Conceptos de Fecundación in Vitro.	9
1.2.5. Primeros Nacimientos por Fecundación in Vitro.	10
1.3. Modalidades de las Técnicas de Reproducción Asistida.	11
1.4. Nuevas Realidades Surgidas con la Aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida.	13
1.4.1. Fecundación Post-Mortem.	13
1.4.2. Aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida en Mujer Sola.	14
1.5. Tipos de Maternidad y sus Variantes.	15
1.5.1. Maternidad Subrogada ó Alquiler de Vientres.	16
1.5.2. Maternidad de Sustitución.	16
1.6. Manipulación Genética.	19
1.6.1. Términos Relacionados con la Manipulación Genética.	20
1.6.2. Terapia Génica.	22
1.6.3. Células Somáticas y Células Germinales.	23
1.6.4. Experimentación Terapéutica y no Terapéutica.	23
1.6.5. El Genoma Humano.	24
1.6.6. Eugenesia.	26
1.6.7. Clases de Eugenesia.	27
1.6.8. Eugenesia y Formas de Selección Genética.	27

1.6.9. Hibridación.	29
1.6.10. Quimeras.	30
1.7. Clonación.	30
1.7.1. Métodos de Clonación.	31
1.7.2. Partenogénesis.	33
1.7.3. El Caso Dolly.	34
1.8. Pre-embriones y Embriones.	35
1.8.1. El Caso de los Pre-embriones y Embriones Obtenidos in Vitro.	37

CAPITULO 2.

MARCO HISTORICO-LEGAL DE ALGUNOS ESTADOS QUE REGULAN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA MANIPULACIÓN GENÉTICA.

2.1. Suecia.	40
2.1.1. Ley Sueca sobre Inseminación Artificial.	40
2.1.2. Ley Sueca sobre Fecundación in Vitro.	41
2.2. Gran Bretaña.	42
2.2.1. Informe Warnock.	42
2.2.2. El Informe sobre Fertilización y Embriología Humana.	43
2.2.3. Ley sobre Fertilización y Embriología Humana.	43
2.3. Alemania.	45
2.3.1. El Informe Benda.	45
2.3.2. Ley sobre Protección del Embrión.	46
2.4. Austria.	49
2.4.1. Ley Reguladora de la Medicina de la Reproducción.	49
2.4.2. Ley sobre Organismos Modificados Genéticamente.	50
2.5. España.	51
2.5.1. El Informe Palacios.	51
2.5.2. Ley 35/1988, sobre Técnicas de reproducción Asistida.	53

2.5.3. El Anteproyecto del Código Penal Español de 1992. _____	54
2.5.4. El Proyecto del Código Penal Español de 1994. _____	56
2.5.5. El Código Penal Español de 1995. _____	58
2.5.6. La ley 45/2003, de 21 de noviembre. _____	60
2.5.7. La Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. _____	61
2.6. Estados Unidos de Norteamérica: La Dicotomía Federal-Local. _____	68

CAPITULO3.

MARCO TEORICO DE LOS BIENES JURÍDICOS RELACIONADOS CON LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA MANIPULACIÓN GENETICA.

3.1. Consideraciones a cerca del Bien Jurídico. _____	72
3.2. Evolución del Concepto de Bien Jurídico. _____	73
3.2.1. La Ilustración. _____	74
3.2.2. Teoría de la Lesión de un Derecho Subjetivo de Feuerbach. _____	75
3.2.3. Teoría de la Lesión de Bienes de Birnbaum. _____	77
3.2.4. La Teoría del Bien Jurídico de Binding. _____	80
3.2.5. Von Liszt y su Teoría del Bien Jurídico. _____	83
3.2.6. El Funcionalismo. _____	86
3.2.6.1. La Teoría de la Protección Penal de Bienes Jurídicos de Knut Amelung. _____	88
3.2.6.2. La Teoría Sistémica de Gunther Jakobs. _____	92
3.2.6.3. La Teoría Personalista del bien jurídico de W. Hassemer. _____	93
3.2.7. La Teoría del Bien Jurídico de Claus Roxin. _____	95
3.3. Importancia del Concepto de Bien Jurídico para la Ciencia del Derecho Penal _____	100
3.4. Consideraciones Previas sobre los Bienes Jurídicos Relacionados con la Manipulación Genética. _____	103

3.4.1. Distinción entre los Bienes Jurídico-Penales y Bienes Jurídicos relacionados con la Manipulación Genética. _____	106
3.4.2. Referencias Doctrinarias del Bien Jurídico relacionado ala Fecundación de Óvulos Humanos con fin Distinto a la Procreación. _____	110
3.4.3. Referencias Doctrinarias del Bien Jurídico relacionado con la Clonación Humana. _____	110
3.5. Consideraciones sobre la Libertad de Elección de la Mujer como Bien Jurídico Relacionado con las Técnicas de Reproducción Asistida. _____	111
3.6. Consideraciones sobre la Libertad de Disposición de las Células Germinales como Bien Jurídico relacionado con las Técnicas de Reproducción Asistida. _____	112

CAPITULO 4.

MARCO JURÍDICO PENAL DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA MANIPULACIÓN GENÉTICA EN EL DERECHO MEXICANO.

4.1. Artículos 14 Párrafo Tercero, 40, 73 Fracción XXI, 104 Fracción I y 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. _____	114
4.2. Artículo 466 de la Ley General de Salud. _____	120
4.3. Artículo 420-Ter del Código Penal Federal. _____	121
4.4. Legislaciones Locales. _____	122
4.4.1. Artículos 56 y 57 del Código Penal para el Estado de Aguascalientes. _____	123
4.4.2. Artículos 184 al 190 del Código Penal para el Estado de Chiapas. _____	123
4.4.3. Artículo 248 del Código Penal para el Estado de Chihuahua. _____	125
4.4.4. Artículo 383 del Código Penal para el Estado de Coahuila. _____	126
4.4.5. Artículos 149 al 155 del Código Penal para el Distrito Federal. _____	127
4.4.6. Artículos 183 al 188 del Código Penal para el Estado de Durango. _____	128
4.4.7. Artículos 147 al 148-bis del Código Penal para el Estado de Guerrero. _____	130
4.4.8. Artículos 182 y 190 del Código Penal para el Estado de Hidalgo. _____	131
4.4.9. Artículos 251-bis y 251-ter del Código Penal para el Estado de México. _____	132
4.4.10. Artículo 157 del Código Penal para el Estado de Morelos. _____	133
4.4.11. Artículos 146 al 150 del Código Penal para el Estado de Querétaro. _____	133

4.4.12. Artículos 113-bis al 113 quinquies del Código Penal para el Estado de Quintana Roo.	134
4.4.13. Artículo 157 del Código Penal para el Estado de San Luis Potosí.	136
4.4.14. Artículos 182, 186, 187 y 188 del Código Penal para el Estado de Sinaloa.	136
4.4.15. Artículos 154 y 155 del Código Penal para el Estado de Tabasco.	137
4.5. Comentarios a cerca de las Legislaciones Federales.:	138
4.5.1. Ley General de Salud.	138
4.5.2. Código Penal Federal.	139
4.6. Propuesta de Regulación Penal en Materia de Técnicas de Reproducción Asistida y la Manipulación Genética.	142
CONCLUSIONES.	153
BIBLIOGRAFIA	156
LEGISLACIÓN.	159
APENDICE.	160

INTRODUCCIÓN.

Hoy en día se debe considerar que, desde el punto de vista de la comprensión de los fenómenos naturales y el desarrollo tecnológico, gran parte de la humanidad ha progresado enormemente. En este sentido los avances científicos y tecnológicos, relativos a las técnicas de reproducción asistida y manipulación genética, están planteando una serie de realidades sociales nuevas, las cuales ponen de manifiesto la necesidad de que el Derecho regule esta materia.

Sin embargo el Derecho no siempre está en posibilidad de regular, de manera mediata, los nuevos fenómenos sociales derivados de la aplicación de dichos progresos, ya que los mismos vienen acompañados de una serie de conceptos y situaciones desconocidas o inimaginables hasta ese momento, así como de nuevas relaciones sociales que, en la mayoría de los casos, generaran el reconocimiento de nuevos valores, relacionados en este caso con la esencia del ser humano y que por tanto están siempre inmersas al debate no solo dentro del campo jurídico.

Es así que nos encontramos ante uno de los principales retos del Derecho, pues la cuestión no es solo que existan nuevas realidades y valores sociales, derivados de estos avances científicos, sino en su caso determinar si estos últimos ameritan el reconocimiento o no por parte del Derecho como nuevos bienes jurídicos.

Lo anterior ha generado en nuestro país una labor Legislativa tendiente a tratar de establecer una regulación jurídica, respecto a las conductas humanas relacionadas con estas nuevas tecnologías, estableciendo la línea o campo de intervención dentro del Derecho Penal, reconociendo y elevando a la categoría de bienes jurídico-penales la Integridad e inalterabilidad de la composición genética humana, la libertad de los individuos de disponer de sus células germinales, así

II

como la libertad de elección de la mujer a someterse a alguna técnica de reproducción asistida.

En este sentido la normatividad penal establecida para la protección de los referidos bienes jurídicos, relacionados con las técnicas de reproducción asistida y la manipulación genética, la encontramos a nivel federal en el Código Penal Federal, la Ley General de Salud y a nivel local en los códigos penales de catorce Estados y el Distrito Federal, empero de una forma fragmentada, sin uniformidad de criterios y en consecuencia con una protección parcial de dichos bienes jurídicos. Más aun en las entidades federativas, dieciséis para ser exacto, cuya legislación penal no regula la materia, tendremos aparejada además incertidumbre jurídica y la desprotección total de los bienes jurídicos arriba señalados.

De manera que el presente estudio tiene como objetivo primordial sentar las ideas, conceptos, postulados y valoraciones que permitan sustentar jurídicamente una reforma que establezca dentro del Código Penal Federal la regulación de las conductas delictivas derivan de la indebida aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida y la Manipulación Genética, a fin de proveer a los bienes jurídicos relacionados con las mismas de seguridad jurídica y protección integral.

Aunado a lo ya expuesto, debemos hacer hincapié en que el tema que nos ocupa presupone el conocimiento y manejo de una cierta terminología específica, lo que nos llevara en el capítulo primero de este trabajo a mostrar los conceptos que respecto a las principales técnicas de reproducción asistida y la manipulación genética da la doctrina.

Así mismo en el capítulo segundo, haremos una revisión histórico-legal de algunos ordenamientos jurídicos, establecidos en otros Estados-Nación, los cuales han establecido preceptos legales tendientes a regular y tutelar los bienes jurídicos relacionados con las conductas derivadas de las técnicas de reproducción asistida y la manipulación genética.

Posteriormente en el tercer capítulo entraremos al estudio general del bien jurídico, concepto fundamental del Derecho Penal, como del presente trabajo, primeramente mostrando los conceptos y teorías que respecto al bien Jurídico han postulado diferentes doctrinarios, y posteriormente pasar al estudio de los bienes jurídicos relacionados con las técnicas de reproducción asistida y la manipulación genética.

De manera que en el capítulo cuarto haremos el estudio de nuestro marco jurídico-penal vigente, para poder establecer nuestra propuesta de reforma a la Ley, dándonos a la tarea de proveer en lo posible una serie de normas penales, las cuales proponemos se establezcan dentro del Código Penal Federal, que partan de un criterio de regulación homogéneo, apropiado y exacto, a fin de tutelar lo mejor posible los bienes jurídicos de la Integridad e inalterabilidad de la composición genética humana, la libertad de los individuos de disponer de sus células germinales, así como la libertad de elección de la mujer a someterse a alguna técnica de reproducción asistida, respecto de las conductas delictivas que los lesionen o pongan en peligro derivadas de la aplicación de una manipulación genética o alguna técnica de reproducción asistida.

Proveyendo en consecuencia de seguridad jurídica para la generalidad de los individuos integrantes de nuestro País, estableciendo una protección penal integral y uniforme de los bienes jurídicos en comento.

CAPITULO 1

MARCO CONCEPTUAL DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA MANIPULACIÓN GENÉTICA.

1.1. CONCEPTO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

A continuación, realizaremos un somero análisis de las definiciones ó conceptos que de “Técnicas de Reproducción Asistida”, dan algunos de los principales doctrinarios en la materia.

Primeramente tenemos que a decir del maestro BUSTOS PUECHE, “...por reproducción asistida se suele entender el conjunto de técnicas que permiten la reproducción o procreación humana artificial, esto es fuera del cauce natural consistente en la fecundación del óvulo en el seno de la mujer con el subsecuente desarrollo ininterrumpido en su propio organismo”¹.

Tenemos también el concepto dado por el maestro CORDOBA el cual refiere que, “...las técnicas de fecundación o reproducción humana asistida son las que procuran, con fines procreativos, la unión de los gametos masculino y femenino (espermatozoide y óvulo), por un medio distinto al de la relación sexual natural”².

En este sentido aunque con algunas variantes tenemos la propuesta de la maestra DE LA CUESTA AGUADO, quien manifiesta “...que la expresión “técnicas de reproducción asistida” puede ser entendida en un sentido amplio como método ó conjunto de prácticas clínicas empleadas para la obtención de un embarazo”³.

¹ BUSTOS PUECHE, J. E. El Derecho español ante las Nuevas Técnicas Genéticas, 1992, p. 919, en AGUADO, PAZ M^a DE LA CUESTA., La Reproducción Asistida Humana sin Consentimiento, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 21.

² CORDOBA, JORGE E., Fecundación Asistida Humana: Aspectos Jurídicos Emergentes, Ediciones Alveroni, 2000, p. 24.

³ AGUADO, PAZ M^a DE LA CUESTA., La Reproducción Asistida Humana sin Consentimiento, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 27.

De las anteriores definiciones, podemos apreciar primeramente que, la que da el maestro BUSTOS PUECHE, utiliza erróneamente el adjetivo artificial, esto último en atención a que al día de hoy no se tiene noticia a cerca de la reproducción humana fuera del útero materno; así mismo reduce las técnicas de reproducción asistida únicamente a la fecundación in vitro, ello debido a que equipara reproducción y procreación con fecundación.

Respecto al concepto vertido por el maestro CORDOBA, en primera instancia podemos decir que entiende como sinónimos fecundación y reproducción, lo cual no es correcto, esto es así ya que no siempre una fecundación, en específico la realizada in vitro, finaliza en una reproducción humana como veremos más adelante; señala de manera acertada que la finalidad de aplicar estas técnicas será la procreación; sin embargo no señala cuales son dichas técnicas, no obstante como veremos estas podrán ser una inseminación artificial o una fecundación in vitro.

De los razonamientos vertidos por la maestra DE LA CUESTA, podemos apreciar que al referirse a la obtención de un embarazo como el fin de dichas técnicas, queda corta en su definición, ya que coincidiendo con el maestro CORDOBA, entendemos que el fin primordial de estas técnicas será la búsqueda de la reproducción humana, es decir el nacimiento de un ser humano, como ya sea manifestado.

Por otra parte tenemos que al analizar semánticamente la expresión “Técnicas de Reproducción Asistida”, encontramos que el termino ó que la palabra Técnica significa, “...conjunto de procedimientos ó métodos propios de un arte, oficio o ciencia”⁴, y que el termino Reproducción es una sustantivación del verbo reproducir; el cual podemos conceptuar como, “... el proceso biológico por el que dos seres vivos perpetúan la especie”⁵. Por cuanto hace al término “asistida” este deriva del verbo asistir mismo que significa “ayudar ó auxiliar a una persona”⁶. De manera que entenderemos como técnicas de reproducción

⁴ GARCIA-PELAYO Y GROSS, RAMON., Diccionario Usual Larousse, Ediciones Larousse, México 2000, P. 637

⁵ IBÍDEM., p. 558.

⁶ IBÍDEM., p. 56

asistida los procesos o métodos propio de la medicina o la tecnología, tendientes a auxiliar o ayudar en la realización del proceso de reproducción de la especie humana, siendo sus métodos principales la inseminación artificial y la fecundación in vitro.

1.2. PRINCIPALES TECNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

En este punto nos adentraremos en las definiciones y conceptos que, da la doctrina, en relación con la inseminación artificial y la fecundación in vitro, las cuales constituyen las principales técnicas de reproducción asistida, empero revisando primero sus antecedentes.

1.2.1. ANTECEDENTES DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

Es verdad que fue en gran parte de siglo XX y lo que va de este nuevo siglo XXI, donde se han dado los avances científicos y tecnológicos más importantes en la historia de la humanidad, por otra parte también es cierto que el ánimo investigador y descubridor del ser humano ha estado presente desde los primeros tiempos; por lo que hace respecto a la denominada Inseminación artificial o asistida, podría pensarse que tienen sus primeros antecedentes en años recientes, lo cual no es del todo cierto ya que “existen antecedentes de que en Grecia como en el imperio romano se había experimentado tanto en plantas como en animales al respecto”⁷.

En épocas recientes se han encontrado registros de que en los siglos XVI y XVII, ya se llevaban a cabo ciertas prácticas encaminadas a la fecundación “artificial” (practicadas en animales en un principio), “...tal es el caso de los experimentos realizados en 1628 en huevos de gusanos de seda y el caso de Welthein quien en 1720 consiguió fecundar huevos de trucha”⁸, también existe registro de que, “...en el año de 1765 un sabio alemán de nombre Ludwig Jacobi, practico las primeras experiencias de reproducción

⁷ **BASSO, DOMINGO M**, Nacer y Morir con Dignidad, Editorial Buenos Aires 1993, p. 263, en SAMBRIZZI Eduardo A., La Procreación Asistida y la Manipulación Genética, Editorial AbeledoPerrot, Argentina 2002, p. 14.
⁸ **idem**.

asistida, al obtener “alevines “ de salmón al bañar con lechaza de un macho los huevos evacuados por presión del abdomen de una hembra”⁹.

Existen otros registros de más eventos relacionados con la materia, tal es el caso de los experimentos realizados en Italia por un abate de apellido Spallanzani en ranas y perros, cuyos experimentos consistieron en “realizar sin demasiada intención una inseminación artificial, primero sobre una rana, para posteriormente a finales del siglo XIX realizar la primera inseminación artificial sobre un mamífero, en concreto sobre una hembra de perro, de la cual nacieron tres crías”¹⁰; no obstante lo anterior se dice que, “...los árabes ya utilizaban la fecundación asistida en animales a partir de comienzos del siglo VIII, e inclusive se menciona la existencia de datos históricos en el sentido de que habría sido ensayada por griegos y romanos”¹¹; en este sentido tenemos noticias de “un árabe de Daifur que en 1322 inseminó a una yegua con semen de un semental de una tribu enemiga”¹².

En materia de seres humanos, “...se habla de Arnaud de Villeneuve, médico de Reyes y Papas, personaje de quien se dice realizó la primera “inseminación artificial” con esperma de Enrique IV de Castilla en la esposa de este; también hay registro de que a finales del siglo XV se practicó una “inseminación artificial” en la reina Doña Juana de Portugal con semen del citado personaje, llamado también “el impotente”, pero la misma no tuvo éxito al ser el mismo estéril”¹³

Hay noticias de que, “...en el año 1785 un Decano de la Facultad de Medicina de Paris, de apellido Thouret, fecundo a una mujer con una inyección intravaginal, utilizando su propio semen”.¹⁴ Aunque parecen más exactas las informaciones que remontan la primera “inseminación artificial” humana al

⁹ **CARCABA FERNÁNDEZ, MARIA**, Los Problemas Planteados por las Nuevas Técnicas de Procreación Humana, José M^º Bosch editor, Barcelona, 1995, p. 13.

¹⁰ **MARTINEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M.**, La Maternidad Portadora, Subrogada o de Encargo, Madrid 1994, p. 14, en SAMBRIZZI Eduardo A., Óp. Cit, p. 13.

¹¹ **SAMBRIZZI EDUARDO A.**, La Procreación Asistida y la Manipulación del embrión Humano, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 2002, p. 14.

¹² **Ídem.**

¹³ **CARCABA FERNÁNDEZ, MARIA**, Óp. Cit. P. 13.

¹⁴ **LAGOMARSINO, CARLOS A. R.**, Enciclopedia de Derecho de Familia, T. III, Buenos Aires, 1994, p. 552, en SAMBRIZZI Eduardo A., Óp. Cit, p. 14.

año de 1799, “dicha inseminación se realizó en Gran Bretaña por Hunter sobre una pareja estéril por anomalía congénita del pené del marido, lográndose producir una gestación, introduciendo en la vagina de la mujer líquido seminal de su esposo, practicándose pocos años después la primera inseminación con donante”¹⁵

1.2.2. CONCEPTOS DE INSEMINACION ARTIFICIAL.

Empezaremos este punto primeramente retomando los apuntes que sobre la inseminación artificial hace el maestro HERRERO DEL COLLADO diciéndonos que “...en la inseminación artificial la fecundación es completamente natural, en ella la intervención del hombre no hace artificiales los fenómenos derivantes del encuentro de los dos gametos, ni determina directamente el encuentro...se limita a favorecerlo con medios diversos de los naturales, poniendo los espermatozoides en vía para que lleguen por los órganos femeninos al encuentro del óvulo;...”¹⁶, quisimos iniciar con este análisis que hace el maestro Herrero del Collado ya que el mismo fue hecho en la década de los sesenta, cuando por obvias razones no pocos autores del mundo se referían a este particular de manera ambigua y confusa; por lo que como veremos fue adelantado a su época. Señalando que, si bien dicho concepto técnicamente es corto, las apreciaciones que hace reflejan una gran claridad.

Esto es así porque a nuestro parecer señala algo muy importante y lógico que es, que aun cuando el hombre interviene en su realización a través de medios distintos a los naturales (motivo por el cual algunos autores la denominan artificial), la fecundación así obtenida es totalmente natural, puesto que son unos espermatozoides completamente naturales a los que la técnica ayuda a fecundar un óvulo no menos natural.

A continuación tenemos el concepto que el maestro CORDOBA tiene respecto a la inseminación artificial, manifestando que, “...esta es el acto

¹⁵ CARCABA FERNÁNDEZ, María, Óp.Cit., p. 14.

¹⁶ HERRERO DEL COLLADO, T., La Inseminación Artificial Humana ante el Derecho Penal, Editorial Universidad de Granada, 1965, p. 6., en BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Óp. Cit., p. 34.

médico por el que se introduce espermatozoides en el aparato genital de la mujer, en procura de la fecundación; este procedimiento es artificial en cuanto a la manera de obtenerse el espermatozoides y por su introducción en el cuerpo de la mujer; pero lo demás, la fecundación y el proceso de multiplicación celular es natural...”¹⁷.

Para la maestra DE LA CUESTA AGUADO la inseminación artificial es, “...una expresión genérica para designar globalmente todas aquellas técnicas de reproducción asistida que se basan en el principio de inoculación, pero se pueden diferenciar distintas modalidades de inseminación, según el lugar donde se deposita el material seminal (inseminación vaginal, cervical, intrauterina) o según el procedimiento realizado (inseminación intraperitoneal, directa, transferencia peritoneal directa)”¹⁸.

Por su parte la maestra CARCABA FERNÁNDEZ, señala que, “...la generalmente denominada inseminación artificial “es aquella que se produce al margen de la cohabitación sexual; se pretende con ella conseguir la fecundación sin existencia de relación sexual o sea la unión entre el espermatozoides y el óvulo fuera del coito”¹⁹.

De forma más específica la maestra STELLA MARIS, nos refiere que la inseminación artificial consiste en “...la intervención médica para depositar el semen en la vagina, en el cuello uterino o en el interior de la cavidad del útero o matriz, pero no se logra resultado alguno en los casos de esterilidad femenina debida a problemas insolubles en las trompas de Falopio, de esterilidad masculina secundaria por reducción del número de espermatozoides, de esterilidades de origen inmunológico y finalmente, en los casos de esterilidades sin diagnóstico, supuesto este último que alcanza a una significativa cantidad de parejas...”²⁰.

¹⁷CORDOBA, JORGE E., Óp. Cit., p. 25.

¹⁸AGUADO, PAZ M^a DE LA CUESTA., Óp. Cit., p. 24.

¹⁹CARCABA FERNÁNDEZ, MARIA, Óp. Cit., p. 35.

²⁰MARIS MARTINEZ, STELLA, Manipulación Genética y Derecho Penal, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 40.

Finalmente tenemos la definición que el maestro BENITEZ ORTÚZAR da, manifestando que la inseminación artificial consiste en "...la introducción del semen del varón—cónyuge o donante—obtenido normalmente mediante masturbación, en la vagina o en el útero de la mujer inseminada por medios no naturales"²¹.

Por otra parte tenemos que al analizar semánticamente la expresión "Inseminación Artificial", encontramos que el termino ó que la palabra Inseminación significa, "...Llegada del semen del macho al óvulo de la hembra para fecundarlo: *la inseminación es el primer paso necesario para la fecundación...*"²², y por artificial él, "...Procedimiento que consiste en hacer llegar el semen al óvulo mediante un instrumento o artificio..."²³. De lo que podemos inferir que inseminación artificial será aquella que se realice a través de medios o instrumentos humanos, diversos a la relación sexual, procurando la fecundación del ovulo por el espermatozoides al interior del órgano reproductor femenino.

1.2.3. ANTECEDENTES DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO.

Tenemos así que las primeras inseminaciones en seres humanos se remontan a tres siglos, sin embargo en materia de fecundación in vitro el verdadero impulso se dio entre los años de 1940 a 1960, cuando se pudo congelar semen y posteriormente practicar con éxito la inseminación artificial.

"El poder congelar el semen fue de entre todos, el hecho determinante del avance de las nuevas técnicas de reproducción asistida hasta llegar a la humana, ya que hasta entonces solo era posible la práctica de la inseminación artificial en el consultorio, con el donante convocado poco antes y el espermatozoides inseminado acto seguido..., en el año de 1953 en los Estados Unidos, Sherman obtuvo los primeros embarazos humanos con semen congelado...momento desde el cual el avance en este campo ha sido vertiginoso"²⁴.

²¹ BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Aspectos Jurídico-Penales de la Reproducción Asistida y la Manipulación Genética Humana, Editorial Edersa, Madrid, 1997, p. 37.

²² [THE FREE DICTIONARY.COM/INSEMINACION](http://THEFREECTIONARY.COM/INSEMINACION)

²³ [THE FREE DICTIONARY.COM/ARTIFICIAL](http://THEFREECTIONARY.COM/ARTIFICIAL)

²⁴ CARCABA FERNÁNDEZ, MARIA. Óp. Cit., p. 14.

Por cuanto hace a los primeros intentos directamente vinculados a la fertilización ó fecundación in vitro, pertenecientes a la especie humana estos datan del año 1944, "...en dichos experimentos los ginecólogos John Rock y Miriam F. Menkin (del Departamento de Ginecología de la Harvard Medical School, de Boston) logran fecundar luego de seis años de infructuosos intentos, tres óvulos"²⁵.

Simultáneamente se publican experiencias similares, si bien con material genético de otras especies. Así tenemos que, "...en 1949, J. Hammond, logra cultivar embriones de ratón en laboratorio hasta que alcanzan el estado de blastocito; estadio que aparece en la especie humana hacia el séptimo día después de la fecundación...en 1956 W. K. Whitten demuestra que es posible lograr el desarrollo in vitro de embriones de dos células hasta que alcancen dicho estadio y al año siguiente A. Maclaren J. D. Biggers logran implantar en el útero de una "madre adoptiva " los blastocitos de ratón obtenidos según el método de Whitten, logrando el nacimiento de ratones adultos, sin anomalías...logro que se ve complementado por M. C. Chang quien en 1959 demuestra a la comunidad científica que ha logrado fertilizar in vitro exitosamente óvulos de conejo"²⁶.

En este contexto resulta de especial importancia el experimento realizado por el biólogo italiano Daniele Petrucci, investigador de la universidad de Bolonia, Italia, llevado a cabo entre 1960 y 1961, en el cual, "...logro desarrollar embriones humanos in vitro manteniendo con vida uno de ellos durante sesenta días...experiencia que fue duramente condenada, en especial por la Iglesia Católica, a cuyo pedido Petrucci suspendió sus trabajos, básicamente destinados a estudiar los mecanismos que desatan procesos cancerígenos"²⁷.

²⁵ CARCABA FERNÁNDEZ, MARIA, Óp. Cit., p. 14.

²⁶ *Ídem.*

²⁷ *Ibidem.*, P. 15.

1.2.4. CONCEPTOS DE FECUNDACION IN VITRO.

Pasemos ahora a los conceptos que da la doctrina de fecundación in vitro, al respecto podemos decir que, "...Esta técnica surgió con la intención de hacer posible una maternidad hasta entonces imposible debido a la obstrucción o ausencia de las trompas de Falopio de la mujer, aunque en la actualidad se aplica a otras muchas hipótesis, la mayoría de ellas relacionadas con la esterilidad masculina"²⁸.

Por cuanto a las definiciones empezaremos con la que da el maestro BENITEZ ORTÚZAR, en la cual señala que, "...la fecundación in vitro se da cuando la fecundación del óvulo femenino por el espermatozoide masculino se produce en el laboratorio de un modo extracorpóreo"²⁹.

De igual manera la maestra DE LA CUESTA AGUADO, refiere que la fecundación in Vitro es aquella que "...mediante diversas técnicas y procesos, pretende obtener la fecundación del ovocito fuera del seno materno para posteriormente transferirlo a este..."³⁰.

Por su parte el maestro CORDOBA, establece que la fecundación in vitro es "...un proceso medico científico de varias etapas, tendiente a subsanar problemas de esterilidad en la mujer, y que consiste en la obtención y extracción de células germinales masculinas y femeninas que son puestas en contacto de manera artificial; lograda la fusión y conseguido, por lo tanto, el embrión fuera del claustro materno, es luego trasplantado a este para que el embarazo siga su curso natural..."³¹.

Sobre el particular la maestra CARCABA FERNÁNDEZ, nos dice que, "... la fecundación in vitro consiste en la unión del espermatozoide y del óvulo en un laboratorio, creando un cigoto que tras la división celular adquiere el status embrionario siendo transferido al útero de la que va a ser su madre

²⁸ BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Óp. Cit., p. 40.

²⁹ *Ibidem.*, p. 39.

³⁰ AGUADO, PAZ M^ª DE LA CUESTA., Óp. Cit., p. 24.

³¹ CORDOBA, JORGE E., Op. Cit., p. 25.

antes del decimocuarto día a contar desde la fecundación, y descontando el tiempo que pudo haber estado crioconservado”³².

Diversa resulta la concepción que el maestro HERRERO DEL COLLADO plantea en su obra al hablar sobre la distinción entre la inseminación y la que él llama “fecundación artificial” (fecundación in vitro), definiéndola como “...toda operación que tiende a hacer germinar el óvulo con los espermatozoides masculinos mediante procedimientos no naturales...”, señalando más adelante que “...El modo más expresivo es el realizado in Vitro...nada hay natural en este método adoptado...es extraído el óvulo de su lugar del útero y trasladado al vidrio; y el esperma obtenido de múltiples maneras es fusionado artificiosamente con el...es pues cultivo y desarrollo del óvulo fuera del útero materno...”³³.

Finalmente la maestra STELLA MARIS, establece que la fecundación in Vitro “...es aquella técnica terapéuticamente aconsejable para la mujer que, produciendo óvulos en forma normal y en posesión de un útero apto para la gestación, no obtiene un embarazo debido a problemas de cualquier índole en sus trompas de Falopio, lo que impide que el óvulo fecundado llegue al útero...”³⁴. En este apartado consideramos que las exposiciones de los diversos doctrinarios son claras y sería por demás repetitivo señalar o dar por parte nuestra una conceptualización más, pues queda claro que la fecundación in Vitro, contrario a la inseminación artificial, se realizara fuera del cuerpo de la mujer, para posteriormente implantar el óvulo fecundado, a través de diversas técnicas, en el útero materno.

1.2.5. PRIMEROS NACIMIENTOS POR FECUNDACIÓN IN VITRO.

Al respecto tenemos que, “...el 25 de julio de 1978 que se dio el evento que marco un parte aguas en la historia de las técnicas de reproducción asistida, en específico de la fecundación in vitro, dicho acontecimiento fue el

³² CARCABA FERNÁNDEZ, MARIA, Óp. Cit., p. 137.

³³ HERRERO DEL COLLADO, T., Óp. Cit., p. 6., en BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Óp. Cit., p. 34.

³⁴ MARIS MARTINEZ, STELLA, Óp. Cit., p. 39.

nacimiento de Louis Brown en el hospital de la ciudad Inglesa de Manchester, este fue fruto del éxito de una fecundación in vitro, que se intentaba desde hacía varios años, y cuyo proceso fue seguido bajo la dirección de los doctores Steptoe y Edwards”³⁵.

Al nacimiento de Louis Brown le siguieron otros más de su tipo, encontrándose entre ellos, “...el de Amandina nacida el 13 de febrero de 1982, en el hospital AntoineBeclère de Clamart, primer éxito de la fecundación in vitro en Francia, bajo la vigilancia de los doctores Frydman y Testard; posteriormente en 1984 nace Victoria Ana, en España, siendo los directores del proyecto los Doctores Dexeus y Barri y la Bióloga Ana Veiga; en ese mismo año el 13 de abril, nace en Queen Victoria (Australia) Zoe, a partir de un embrión congelado, con la supervisión del Dr. Woode”³⁶.

1.3. MODALIDADES DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Al hablar de la inseminación artificial y de la fecundación in vitro, podemos decir que estas constituyen las dos principales vertientes entorno de las técnicas de reproducción humana asistida.

A continuación a través de una aproximación específica mostraremos las modalidades de dichas técnicas, señalando las más significativas, tomando como referencia el origen de los gametos ó atendiendo al modo de ayudar a la unión de los gametos. Así tenemos que en cuanto al origen de los gametos los diversos Doctrinarios señalan tres a saber homóloga, heteróloga y mixta.

a) “...Homóloga: Consiste en la fecundación de la mujer con semen proveniente del marido, en el caso de matrimonios, o del conviviente, (en el caso de parejas que conviven en unión libre)”³⁷.

³⁵ MARIS MARTINEZ, STELLA, Óp. Cit., p. 14.

³⁶ *Ibidem*, p. 41.

³⁷ BENÍTEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Óp. cit, p. 34.

En esta hipótesis nos dice el maestro BENITEZ ORTÚZAR que “...los dos miembros de la pareja son fértiles y la esterilidad puede derivarse de la impotencia del varón, por vaginismo de la mujer o de algún elemento psíquico de alguno de ellos—o de ambos—que impida que a través del coito el espermatozoides fecunde el óvulo...”³⁸, señalamientos en los que en nuestro punto de vista el maestro confunde esterilidad con impedimento físico y/o psíquico, esto es así ya que en su propia definición hace referencia a que en este caso los miembros de la pareja son fértiles y por otro alude que la esterilidad puede derivarse de diversas circunstancias físicas y psíquicas, de manera que en este caso al ser fértiles ambos, lo único que será necesario será la asistencia médica para efecto de lograr la fecundación de los gametos.

b) “Heteróloga: Generalmente supone la fertilización de la mujer con semen de varón diferente al marido o conviviente. En estos casos lo usual es que el semen proceda de un tercero, que en la terminología usada en la materia se va a denominar donante, ello por ser el “dador” del espermatozoides utilizado en estas prácticas reproductivas.

También cabría entender como heteróloga la fecundación de un óvulo donado a la pareja con semen del marido o conviviente. Incluso cabría la posibilidad de conceptuar como heteróloga la realizada con semen y óvulo de donantes”³⁹. Como podemos ver lo que le da el carácter de heteróloga es la introducción en el ámbito de la pareja de gametos procedentes de personas ajenas a la misma, con la consiguiente aparición en la descendencia de material genético extraño a uno de los cónyuges o a ambos.

c) “Mixta: Es en esencia una forma de fertilización (fecundación) heteróloga, en la cual se utiliza una mezcla de semen de distintos hombres diferentes al varón de la pareja, o bien una fertilización de óvulos precedentes en parte de la mujer de la pareja y en parte de donantes, o incluso una mezcla de gametos femeninos y masculinos, de varias mujeres y varios varones, completamente ajenos a la pareja, apreciándose en estas

³⁸BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Óp. Cit. p. 35

³⁹ídem.

hipótesis que no hay aportación de gametos por parte de la pareja⁴⁰. Como hemos visto se ha utilizado para la designación de las modalidades los términos homóloga y heteróloga. Sin embargo en puridad de conceptos homóloga “...quiere decir de la misma especie”⁴¹, y heteróloga “de especies diferentes”⁴².

1.4. NUEVAS REALIDADES SURGIDAS CON LA APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Antes de entrar en materia queremos hacer hincapié en que la inseminación artificial y la fertilización in vitro han dado lugar a realidades humanas con una trascendencia social y jurídica nuevas. Tal es el caso de las llamadas “fecundación post-mortem” ó “inseminación post-mortem”, “maternidad subrogada”, “madres de alquiler”, “madres sustitutas” ó de “acogimiento”, como veremos a continuación.

1.4.1. FECUNDACION POST-MORTEM.

Al entrar al estudio de lo que la doctrina ha llamado fecundación post-mortem, debemos señalar que esta surge como una variante de las técnicas de reproducción asistida, “...la cual tiene especial relación con las prácticas de crioconservación de gametos, lo que facilita la posibilidad de utilizar los gametos o en su caso pre-embriones crioconservados, bastante tiempo después de su extracción (en el caso de los gametos) o de la fecundación (en el caso de los pre-embriones). Esto trae como consecuencia directa la posibilidad de llevar a cabo una fecundación con gametos extraídos de personas las que al momento de la fecundación ya hayan fallecido, o en su caso de transferir al útero de una mujer un embrión originado por gametos cuyos titulares ya habían fallecido”⁴³.

Señala la maestra CARCABA que, “...con la inseminación post-mortem se pretende un imposible, que es hacer revivir la muerte a través del

⁴⁰BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Óp. Cit. p. 36.

⁴¹GARCIA-PELAYO Y GROSS, RAMON., Óp. Cit, p. 314.

⁴²Ibídem. p. 309.

⁴³BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Óp. Cit., p. 79.

nacimiento del niño, a través de lo cual lo que se pretende en realidad es prolongar la vida de su padre”; señala más adelante que de igual forma en una reproducción obtenida post-mortem “no interviene un interés del niño, sino de la viuda, muchas veces el interés meramente económico, como lo es el de verse atribuida con la sucesión del marido a través del hijo”⁴⁴. Manifestando la maestra CARCABA FERNÁNDEZ que, “...la inseminación artificial post-mortem es ilícita porque deliberadamente se hace nacer un niño huérfano, y si bien existen niños huérfanos ello se debe a una situación inevitable y no buscada a propósito.”⁴⁵

A nuestro parecer lo que puede motivar a una mujer a someterse a este tipo de inseminación es “un deseo” de ser madre ó ver reflejado en el niño así nacido al padre muerto, ya que aunque el interés económico puede existir, creemos que no es este lo que motiva o impulsa únicamente a una mujer viuda o aquella que su compañero a muerto, a someterse a una inseminación post-mortem con el semen del fallecido.

Así tenemos que si tras la muerte del marido o compañero estable de una mujer este ha dejado muestras de semen o de pre-embiones (obtenidos por óvulos fecundados por su esperma), ello amplía las posibilidades de que se lleve a cabo una fecundación post-mortem. En este caso las implicaciones jurídicas tendrán más relevancia que las científicas, las que como hemos analizado se remiten a los métodos utilizados para obtener los gametos y realizar la fecundación.

1.4.2. APLICACIÓN DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN MUJER SOLA.

Continuando con las variantes que ofrecen las técnicas de reproducción asistida hay una consistente en su aplicación a mujer sola, “...esto es, a mujer sin pareja estable la cual puede ser o no estéril. En la hipótesis de la mujer soltera sin pareja la aplicación de estas técnicas se ve reducida a la

⁴⁴CARCABA FERNÁNDEZ, MARIA, Óp. Cit., p. 82.

⁴⁵Ibidem., Óp. Cit., p. 83.

inseminación artificial, fecundación in vitro o transferencia intratubárica de embriones con semen procedente de donante...”⁴⁶.

Consideramos que este caso al igual que en el de la inseminación post-mortem se priva al hijo nacido de un padre, con la diferencia que aquí el niño podrá tener un padre biológico vivo, el cual no conocerá o siquiera sabrá de su existencia por motivos personales de la madre.

1.5. TIPOS DE MATERNIDAD Y SUS VARIANTES.

En la actualidad como hemos visto un óvulo puede ser fecundado fuera del vientre de la mujer. De lo anterior se deriva una característica específica que tiene la fecundación in vitro y que es la posibilidad de que exista una gama de variantes en la maternidad. Al respecto el maestro BENITEZ ORTÚZAR nos habla de una maternidad genética y otra gestante diciéndonos que, “...la maternidad biológica, a diferencia de la paternidad biológica que siempre es única, puede ser dividida en dos, la maternidad gestante y la maternidad genética”⁴⁷.

Hablaremos de maternidad gestante cuando, “...una mujer gesta un nuevo ser—a la que se le implanta el preembrión creado por fecundación in vitro o a la que se le transfieren los gametos vía intratubárica y desarrolla el embarazo—aunque genéticamente no tenga nada que ver con el embrión o feto que va a desarrollarse en su útero”.

Estaremos ante maternidad genética en el caso de, “...la mujer que aporta el material genético recogido en los 23 cromosomas haploides del gameto femenino que ha sido fecundado”. Frente a tales posibilidades, consecuencia del avance de la ciencia, han surgido prácticas en las cuales, “...una mujer gesta o lleva en su vientre a un niño para otra mujer, con la

⁴⁶CARCABA FERNÁNDEZ, MARIA, Óp. Cit. p. 83.

⁴⁷BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Óp. Cit., p. 75.

intención de entregárselo después de que nazca”⁴⁸, las cuales generan una gama de variantes como veremos a continuación.

1.5.1. MATERNIDAD SUBROGADA Ó ALQUILER DE VIENTRES.

En este caso hablaremos de maternidad subrogada “...cuando el embrión de una pareja (padres biológicos) es implantado en el útero de una mujer (portadora), que llevara a cabo la gestación y posteriormente dará a luz, obligándose a entregar al niño a sus padres biológicos”⁴⁹.

Por otra parte tenemos lo que “ha dado en llamarse alquiler de vientres, mediante lo cual se conviene con una mujer, habitualmente mediante un pago en dinero, en gestar un óvulo de quien encargo al niño— aunque también puede ser de una tercera persona— fecundado con gametos ya sea del marido de aquella o de un tercero, para luego entregar al hijo a quien se lo encargo.”⁵⁰

1.5.2. MATERNIDAD DE SUSTITUCIÓN.

La Doctrina señala que estaremos frente a una maternidad de sustitución cuando “...se solicita que una mujer se someta a unas técnicas de reproducción asistida, para concebir, gestar y dar a luz a un hijo con la finalidad de entregarlo a otra mujer o una pareja comitente utilizándose generalmente en estos casos los gametos del varón a aquella vinculado”⁵¹. Se habla de maternidad compartida “...cuando una mujer acepta ser inseminada con el semen del varón de una pareja, obligándose a entregar el hijo a esta”⁵².

Al respecto cabe señalar lo manifestado por el Maestro IGOR A. CARUSO, quien nos dice que, “...los orígenes de la socialización se ven desde el estado prenatal, los contactos con la madre existen ya en muchos modos, de manera que **la aceptación o el rechazo consciente o inconsciente del niño**

⁴⁸ CARCABA FERNÁNDEZ, MARIA, Óp.Cit., p. 164.

⁴⁹ CORDOBA, JORGE E., Op. Cit., p. 22.

⁵⁰ SAMBRIZZI EDUARDO A., Óp. Cit., p. 109.

⁵¹ VIDAL MARTINEZ, JAIME., Derechos Reproductivos y Técnicas de Reproducción Asistida, Editorial Comares S. L., Granada, 1998, p. 117.

⁵² CORDOBA, JORGE E., Op. Cit., p. 24.

en formación adquieren un significado nada despreciable. En esta fase se desarrolla, ya el narcisismo primario que, como es sabido desde los inicios del psicoanálisis, es la fuente básica de toda relación amorosa. Esta etapa narcisista primaria, que abarca hasta los dos primeros años de vida, es la base de una feliz unión entre madre e hijo, que a su vez representa para el niño el fundamento para otras relaciones sociales. **Si este narcisismo es perturbado en su etapa prenatal o en el inmediatamente posterior, todos los mecanismos sociales subsiguientes se desquician...**⁵³.

De lo que podemos inferir que la práctica de la Maternidad Subrogada, de Sustitución y el Alquiler de Vientres primeramente hacen posible que la maternidad genética y la gestante residan en mujeres diferentes, con la posterior separación del niño una vez nacido de “la mujer que lo gestó”(madre gestante), conductas las cuales tendrán consecuencias psicológicas negativas en el ser humano así procreado, toda vez que la madre gestante consciente o inconscientemente se prepara para el rechazo del mismo aun antes de nacer, pues posteriormente lo entregara una vez nacido a la pareja que “solicito sus servicios”, por lo que esta práctica no beneficia en mucho al ser humano así nacido, motivo por el cual la misma debe ser utilizada solo como última opción del matrimonio o pareja estable que desee procrear.

A continuación y para finalizar este punto, enumeraremos una serie de combinaciones posibles, las cuales pueden como hemos visto generan una gama de maternidades. Situaciones que surgen del anhelo y/o deseo humano, de ser padre o madre según sea el caso y que se pueden realizar ya sea a través de una inseminación artificial o una fecundación in vitro.

1) “Semen del varón de la pareja, óvulo de una mujer diferente a la gestante, distinta a la mujer de la pareja; como resultado un padre biológico y dos maternidades biológicas, una gestante y otra genética (ambas extrañas a la pareja).

⁵³**CARUSO A. IGOR.,** *Narcisismo y Socialización. Fundamentos Psicogenéticos de la Conducta Social.* Siglo Veintiuno Editores, México 1987, Tercera Edición corregida, Contraportada.

- 2) Semen del varón de la pareja, con óvulo de una mujer diferente a la gestante, que en este caso lo será la mujer de la pareja; como resultado un padre biológico y dos maternidades biológicas, una gestante (le de la pareja) y otra genética (extraña a la pareja).
- 3) Semen del varón de la pareja, óvulo de la misma mujer gestante, distinta a la pareja; como resultado un padre biológico (el de la pareja) y una madre biológica plena (extraña a la pareja).
- 4) Semen del varón de la pareja, óvulo de la mujer de la pareja, gestado por una mujer distinta; como resultado una paternidad biológica (la de la pareja) dos maternidades biológicas, una genética (la de la pareja) y otra gestante (extraña a la pareja).
- 5) Semen de donante, óvulo de la mujer de la pareja, gestación por una segunda mujer; tendremos una paternidad biológica (extraña a la pareja) dos maternidades biológicas, una gestación (ajena a la pareja) y otra genética (la de la pareja).
- 6) Semen de donante, óvulo de mujer diferente a la gestante, que es la de la pareja; tendremos una paternidad biológica (ajena a la pareja), dos maternidades biológicas, una gestante (la de la pareja) y otra genética (ajena a la pareja).
- 7) Semen de donante, óvulo de una mujer diferente a la gestante, distinta a la pareja; obteniendo una paternidad biológica (ajena a la pareja), dos maternidades biológicas, una genética y otra gestante (ambas ajenas a la pareja).
- 8) Semen de donante, óvulo de la mujer gestante, distinta a la de la pareja, tendremos una paternidad biológica (ajena a la pareja), una maternidad biológica (ajena a la pareja).

9) Semen de donante, óvulo de la mujer gestante, que es la de la pareja; tendremos una paternidad biológica (extraña a la pareja) y una maternidad biológica plena (la de la pareja)”⁵⁴.

1.6. LA MANIPULACIÓN GENÉTICA.

Respecto al concepto de manipulación genética tenemos que el Maestro BENITEZ ORTUZAR⁵⁵ lo divide en dos, “...en un sentido amplio, como toda relación de la biotecnología con el patrimonio hereditario humano, incluyendo la fecundación in vitro, la inseminación artificial, el análisis de los genes y las demás intervenciones sobre los mismos como su recombinación o la clonación”, en un sentido más estricto nos dice que, “...se trata de la tecnología que permite aislar los genes, recodificar el mensaje genético celular, duplicarlos y transferirlos al mismo o a otro organismo”.

Por su parte el maestro PERIS RIERA nos dice que la manipulación genética, “...tiene por objetivo la transformación del patrimonio hereditario del hombre, la cual comporta la modificación de los caracteres naturales del patrimonio genético...Supone la creación de nuevos genotipos, mediante la transferencia programada de un segmento específico de ADN, que contiene una particular información genética, de un organismo viviente a otro...”⁵⁶.

En una formulación menos científica podría decirse que se trata “del conjunto de las metodologías para el tratamiento, con los fines más diversos, de la información genética contenida en el ADN ó más sintéticamente la modificación inducida, con técnicas moleculares, en el material hereditario”⁵⁷.

Manipular genes será, “...trabajar con ellos mediante técnicas de ingeniería genética, lo cual supone la modificación de los caracteres naturales del patrimonio genético de un organismo, lo que implica la creación de nuevos

⁵⁴ BENITEZ ORTUZAR, IGNACIO F., Óp. Cit., p. 77.

⁵⁵ *Ibidem.*, p. 31.

⁵⁶ PERIS RIERA, JAIME MIGUEL, La Regulación Penal de la Manipulación Genética en España, Editorial Civitas S. A., Madrid, 1999, p. 38,39.

⁵⁷ MANTOVANI, F., Manipulaciones Genéticas, Bienes jurídicos Amenazados, Sistemas de Control y Técnicas de Tutela, en PERIS RIERA, JAIME MIGUEL, Óp. Cit., p. 38.

genotipos mediante la transferencia programada de un segmento específico de ADN...”⁵⁸. En este tema consideramos la conceptualización que da el maestro Peris Riera como la más completa e idónea para los fines de este trabajo, motivo por el cual nos adherimos a ella humildemente.

1.6.1. TERMINOS RELACIONADOS CON LA MANIPULACIÓN GENÉTICA.

Antes de continuar con el siguiente punto creemos conveniente, sin un afán científico, dar al lector una aproximación terminológica a una serie de conceptos básicos que se relacionan directamente con la manipulación genética, para lo cual recurriremos a la terminología que utiliza la maestra STELLA MARIS en su obra “Manipulación Genética y Derecho Penal” y que a continuación reproducimos.

Así primeramente tenemos que, “la **Ingeniería Genética** “comprende la totalidad de las técnicas dirigidas a alterar o modificar el caudal hereditario de alguna especie, ya sea con el fin de superar enfermedades de origen genético (Terapia genética) o con el objeto de producir modificaciones o transformaciones con finalidad experimental, esto es, de lograr un individuo con características hasta ese momento inexistentes en la especie. Refiere también al término **Evolucionar** diciéndonos que es “la posibilidad de cambiar la composición genotípica (y por ende fenotípica) para mejor explotar un medio ambiente o hábitat determinado”, concluyendo que es allí donde reside la expectativa de supervivencia de toda especie.

Nos habla de **Gen** como, “unidad de información hereditaria” y que cada Gen a su vez se encuentra compuesto por **Ácido Desoxirribonucleico** “que es el material que constituye la estructura de los cromosomas y está, por ende, considerado el vehículo de la herencia biológica; se le identifica con las siglas **ADN ò DNA**”. Reciben el nombre de **Cromosomas** “las estructuras cuneiformes situadas en el núcleo de una célula que almacenan y transmiten información genética; son la estructura física portadora de los genes. Los

⁵⁸ APARISI MIRALLES, ANGELA., Aspectos Científicos, Éticos y Jurídicos de la Manipulación Genética en seres Humanos, en SAMBRIZZI EDUARDO A., Op. Cit., p. 150.

cromosomas están compuestos esencialmente de ADN y proteína y contienen la mayor parte del ADN de la célula. Cada especie tiene un número característico de cromosomas. Cada uno de los Genes ocupa un lugar específico en el cromosoma y origina un producto característico que define cada alternativa de un carácter diferencial...”

Conceptualiza el **Genotipo** como “la constitución genética de un individuo, esto es, a la clase de genes que ese individuo ha heredado para un rasgo en particular. El aspecto o apariencia de tal individuo con relación a ese rasgo se conoce con el nombre de **Fenotipo**”. Refiere al **Genoma** como “el conjunto de la información genética contenida en el cromosoma” y que existe la posibilidad de variación de un organismo gracias a la maleabilidad del Genoma, lo que permite el diseño de nuevas combinaciones de genes mediante dos mecanismos principales: la recombinación genética y la mutación”. Nos dice que la **Recombinación Genética** es “el proceso de intercambio de información hereditaria entre dos organismos independientes, que resulta en la producción de nuevas combinaciones de genes y facilita la aparición de organismos variantes dentro de una especie determinada. La importancia de este mecanismo en el desarrollo evolutivo es tal que en las especies más avanzadas se impone obligatoriamente en los ciclos de reproducción sexual, ya que los gametos contienen solo un miembro de cada pareja de genes (que en las restantes células del organismo se presentan indefectiblemente por pares), aportando entonces solo un gen para cada uno de los pares que tendrá el cigoto”. Recibe el nombre de **Cigoto** “la célula que se forma al fusionarse la célula sexual femenina (óvulo) con la masculina (espermatozoide); la entidad resultante de esta fusión es una célula con cuarenta y seis cromosomas, de los cuales veintitrés fueron aportados por el gameto masculino y los otros veintitrés restantes por el femenino”. La **Mutación**, por su parte, “es un mecanismo mediante el cual un gen sufre un cambio repentino del que resulta una forma nueva”. Por último nos dice la maestra STELLA MARIS que por **manipulación genética** debemos entender “aquellas experiencias en las

cuales el objetivo es crear nuevas formas de vida o alterar el patrimonio genético de las especies vivientes”.⁵⁹

1.6.2. TERAPIA GÉNICA.

Dentro de la manipulación genética, encontramos la Terapia Génica como una variante, la cual se relaciona directamente con la experimentación. Al referirnos a la palabra experimentación debemos decir que esta proviene del vocablo latino *experimentum*—comprobación por la experiencia—, así mismo “...se puede definir la experimentación como la observación provocada de un hecho o fenómeno para la investigación de sus propiedades o causas. Cuando este procedimiento tendente a descubrir algún hecho o alguna verdad se realiza tomando al hombre, sus células, tejidos u órganos, como objeto de la investigación se hablara de la experimentación humana”⁶⁰.

Tal es el caso de llamada terapia génica la cual refiere a “...la curación o prevención de enfermedades o defectos graves debidos a causas genéticas, actuando directamente en los genes, mediante la adición, modificación, sustitución o supresión de genes”⁶¹.

Finalmente para el maestro BENITEZ ORTÚZAR terapia génica será, “...las prácticas de manipulación genética consistentes en la alteración de la secuencia del ADN, de las células de un individuo para corregir o prevenir alguna patología genética”⁶². “Dichas terapias pueden ser realizadas en dos clases de células las somáticas y las germinales, y a través de dos tipos de terapias la terapéutica y la no terapéutica...”⁶³ En el caso de la terapia génica, estamos a favor de la misma, en cuanto es utilizada para prevenir o curar alguna enfermedad grave, producida por la combinación genética particular, la cual afecte la vida futura del ser humano así nacido.

⁵⁹ MARIS MARTINEZ, STELLA, Óp. Cit., p. 32-34.

⁶⁰ BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Óp. Cit., p. 41.

⁶¹ EMALDI-CIRON, ATZIBER., Legislación sobre el Genoma Humano en España, en Reflexiones en Torno al Derecho Genómico, UNAM, México, 2001, p. 136.

⁶² BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Óp. Cit., p. 32.

⁶³ MARIS MARTINEZ, STELLA, OP. Cit., p. 211.

1.6.3. CELULAS SOMATICAS Y CELULAS GERMINALES.

De manera que sin entrar en el análisis desde el punto de vista técnico de los diversos conceptos, pues no es el objeto del presente trabajo, diremos que las células somáticas “son células estructurales recesivas sin capacidad hereditaria” y que las células germinales son “células sexuales o hereditarias, con lo que su modificación va a trascender del desarrollo del individuo del cual proceden a toda su descendencia”⁶⁴.

En esta tesitura la maestra STELLA MARIS⁶⁵ señala que “las células somáticas son las células del organismo humano, cualquiera que sea su función, que poseen veintitrés pares de cromosomas y que no intervienen (en circunstancias normales) en la reproducción, ni por ende, en la transmisión hereditaria”. Así mismo por células germinales debemos entender “aquellas células reproductivas tanto masculinas como femeninas, es decir espermatozoides y óvulos; cada una de ellas portadora de una serie de veintitrés cromosomas y son las responsables de los procesos de reproducción y de la transferencia del patrimonio genético”⁶⁶. De lo anterior inferimos que un uso indebido o un mal uso respecto de las células germinales es de gran relevancia, por lo cual debe haber una consecuencia jurídica al respecto de quien disponga y/o las use sin el permiso de quien naturalmente las produjo.

1.6.4. EXPERIMENTACIÓN TERAPEUTICA Y NO TERAPEUTICA.

Por cuanto a la experimentación terapéutica esta consiste en “la investigación dirigida directamente a la finalidad curativa, con un interés subjetivo de la curación de un sujeto determinado y componente objetivo experimental...la experimentación terapéutica puede ser a su vez médica, probando nuevos fármacos, o quirúrgica, tratando al paciente con nuevos medios manuales u operatorios”⁶⁷. La experimentación humana no terapéutica “consiste en la aplicación de las reglas objetivo-experimentales de la

⁶⁴ BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Óp. Cit., p. 33.

⁶⁵ MARIS MARTINEZ, STELLA, OP. Cit., p. 211.

⁶⁶ ídem.

⁶⁷ BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Óp. Cit., p. 45.

investigación sobre el ser humano, sus células, tejidos u órganos, sin fines curativos”⁶⁸.

1.6.5. EL GENOMA HUMANO.

Así primeramente tenemos que, “...cada ser humano cuenta con una dotación de alrededor de 100,000 genes, ordenados por pares, que son los que le otorgan su carácter diferencial, los que vuelven a un hombre lo que es...podrá o no desarrollar la información contenida en cada uno de esos genes, pero lo que jamás podrá suceder es que su organismo exprese una información que no se encuentre presente en su cromosoma...toda forma de vida en la tierra, sea animal o vegetal, trátase de un virus o bacterias, está programada y codificada en base a la misma estructura química...”⁶⁹. En este orden de ideas, cabe mencionar que, “...en el año de 1953 fue descifrada por los científicos James Watson y Frances Crick, la estructura conocida como ADN, estos científicos determinaron que consiste en dos hélices enrolladas una sobre otra, cada una de las cuales está formada por una sucesión de nucleótidos...cada nucleótido está formado a su vez por una base nitrogenada, que puede ser adenina, timina, citosina, o guanina, una molécula de azúcar llamada desoxirribosa y una molécula de ácido fosfórico”⁷⁰.

LACADENA precisa que, “...utilizando un lenguaje analógico, podríamos decir que la información genética de los seres vivos está escrita en un lenguaje de cuatro letras (las cuatro bases nitrogenadas: adenina, guanina, timina y citosina) con las que se pueden formar veinte palabras (los veinte aminoácidos esenciales presentes en las proteínas) y con ellas escribir ilimitadas frases, que han de constituir infinitos libros diferentes (los individuos genéticamente irrepetibles)”⁷¹.

⁶⁸ BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Óp. Cit., p. 46.

⁶⁹ MARIS MARTINEZ, STELLA, Óp. Cit., p. 194.

⁷⁰ *idem*.

⁷¹ LACADENA, J. R., La Naturaleza Genética del Hombre, Consideraciones en torno al aborto, “Cuenta y Razón” nº 10, Fundes, Madrid, 1983, en MARIS MARTINEZ, STELLA, OP. Cit., p. 194.

Sobre el particular la maestra STELLA MARIS ahonda, diciéndonos que, “la circunstancia de que se trate de un único lenguaje permite no solo descifrarlo—es decir definir cuál es la información que cada gen transporta—sino que es aún mucho más impactante y conmueve las raíces mismas de los filósofos sobre el ser humano, introducir—mediante las técnicas de ADN recombinante—mensajes genéticos de una especie a otra, logrando que esta última exprese la información incorporada...dueños los científicos de esta información, así como de los métodos para manipular el genoma, distintas son las formas de actuación en este campo...en principio encontramos las técnicas de ingeniería genética que recaen sobre el ADN humano y comprenden tanto el análisis molecular del genoma como la utilización de genes humanos; en segundo término la manipulación de las células humanas, la de la sustancia embrionaria y la de los individuos”⁷².

También podemos entender el genoma como, “...la dotación genética completa de un organismo o individuo...Por tanto el genoma humano consistirá en el conjunto de genes o material hereditario que encontramos en la especie humana, posibilitando la diversidad de cada individuo”⁷³. O bien como el conjunto de toda la información genética o hereditaria, que a través de la fecundación se transmite de un individuo a otro”⁷⁴.

Otra acepción acerca del genoma lo define como, “...el conjunto de la información genética contenida en el cromosoma y que existe la posibilidad de variación de un organismo gracias a la maleabilidad del Genoma, lo que permite el diseño de nuevas combinaciones de genes mediante dos mecanismos principales: la recombinación genética y la mutación”⁷⁵.

En este sentido el maestro CORDOBA señala que “los estudios tendientes a efectivizar la posibilidad científica de que el hombre conozca toda su información genética ha permitido predecir, curar, o al menos iniciar el

⁷² MARIS MARTINEZ, STELLA, Óp. Cit., p. 195.

⁷³ BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Óp. Cit., p. 47.

⁷⁴ CORDOBA, JORGE E., Op. Cit., p. 16.

⁷⁵ MARIS MARTINEZ, STELLA, Op. Cit., p. 33.

camino hacia la cura de enfermedades como la hemofilia, la enfermedad de Huntington, el melanoma maligno, el síndrome de Down entre otras”⁷⁶.

1.6.6. EUGENESIA.

A continuación el presente punto tratara sobre la eugenesia, práctica cuya aplicación está relacionada con la manipulación genética. Así tenemos que, “...Se debe a Francis Galton la creación del término eugenesia (“eugenics”), derivado del griego “eugenes”, que significa “buen origen”, expresión que utilizara por primera vez en su obra “Inquiries into Human Faculty and its Development” en 1893...”⁷⁷.

En su libro Galton define a esta disciplina como, “... la ciencia que trata de todos los influjos que mejoran las cualidades innatas de la raza humana; por tanto de aquellas que desarrollan las cualidades de forma más ventajosa”⁷⁸; esto es, “...para proporcionar a las razas o los tipos de sangre más adecuados una mayor posibilidad de prevalecer sobre los menos adecuados”⁷⁹.

En la actualidad en base a la anterior definición y a los avances tecnológicos, los doctrinarios dan su concepto sobre la misma, señalando por ejemplo que, “...a la luz de las nuevas técnicas de biología molecular, puede decirse que la eugenesia intenta el mejoramiento de la especie humana, ya sea eliminando los caracteres genéticos indeseables o incrementando en la descendencia el número de los componentes hereditarios”⁸⁰.

LACADENA distingue el termino eugenesia como, “...el intento de cambiar los genotipos de los individuos y la estructura genética de las poblaciones humanas”⁸¹. Así mismo también puede ser entendida como, “...la

⁷⁶CORDOBA, JORGE E., Op. Cit., p. 16.

⁷⁷MARIS MARTINEZ, STELLA, Op. Cit., p. 222

⁷⁸Ídem

⁷⁹BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Op. Cit., p. 82.

⁸⁰MARIS MARTINEZ, STELLA, Op. Cit., p. 221.

⁸¹LACADENA, J. R., Op. Cit., p. 99, en MARIS MARTINEZ, STELLA, OP. Cit., p. 221.

realización de acciones dirigidas a la mejora genética de la comunidad humana o de una raza concreta, mediante el estudio y control de la procreación”⁸².

1.6.7. CLASES DE EUGENESIA.

En este orden de ideas tenemos que existen dos tipos de eugenesia a saber, la eugenesia positiva y la eugenesia negativa. “...La primera de ellas incluye todos los intentos destinados a mejorar la dotación cromosómica del afectado”,⁸³ se entiende también como, “...el apareamiento óptimo de individuos con tendencias superiores, o mediante la utilización de gametos de donantes con características superiores o de pre-embriónes con genotipos superiores”⁸⁴. Es decir, “...la estimulación dirigida de aptitudes o cualidades deseadas”⁸⁵.

Por otra parte tenemos la denominada eugenesia negativa, “...consistente en evitar la transmisión de los genes defectuosos mediante la utilización del consejo genético en apareamientos naturales o la no utilización de gametos de donantes con tendencias inferiores”⁸⁶; opera también “evitando la transmisión del gen defectuoso ya sea mediante la eliminación física de sus portadores, evitando que sean engendrados o mediante el impedimento de uniones procreativas de individuos con alto riesgo genético”⁸⁷, es una práctica que “permite eliminar una descendencia no deseada o tarada”⁸⁸.

1.6.8. EUGENESIA Y FORMAS DE SELECCIÓN GENÉTICA.

Esta selección puede llevarse a cabo a través de diversas formas y con el fin de obtener características diversas, “...Un primer modo sería creando al “ser humano a la medida”, conociendo las características del futuro ser

⁸² BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Óp. Cit., p. 82.

⁸³ MARIS MARTINEZ, STELLA, Óp. Cit., p. 224.

⁸⁴ BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Óp. Cit., p. 82.

⁸⁵ CARCABA FERNÁNDEZ, MARIA, Óp. Cit., p. 29.

⁸⁶ BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Óp. Cit., p. 82.

⁸⁷ MARIS MARTINEZ, STELLA, Óp. Cit., p. 224.

⁸⁸ CARCABA FERNÁNDEZ, MARIA, Óp. Cit., p. 29.

humano a través de un análisis genético prenatal y modificando estas a conveniencia mediante la alteración, inserción o cambio del gen “defectuoso”⁸⁹.

El segundo modo consiste en, “...la selección mediante un análisis prenatal tendente a observar las características del ser humano en formación, seguida de una comprobación de esas características con las deseadas (ciento noventa centímetros de estatura, ojos verdes azulados, inteligencia superior, por ejemplo)”⁹⁰.

Dentro de esta tesitura tenemos que la determinación inducida del sexo o elección de sexo es el tipo más común, el cual se puede realizar a través de dos formas, “...la primera induciendo a las células del mismo (embrión) que se van a desarrollar como células sexuales para que se desarrollen según el sexo previamente elegido, lo que supone una técnica compleja y aseguraría exclusivamente la creación de un órgano reproductor previamente deseado...”⁹¹; por otro lado, “...se puede actuar en el momento anterior a la fecundación, seleccionando el esperma con el cromosoma X o el esperma con el cromosoma Y, ya que el sexo del pre-embrión va a venir determinado por el cromosoma 23X o el 23Y, aportando el gameto femenino siempre el cromosoma X. De este modo separando el esperma a utilizar en inseminación artificial o en fecundación in vitro, se puede con toda seguridad determinar artificialmente el sexo del pre-embrión”⁹².

Como hemos podido apreciar hablar de eugenesia es hablar de una práctica selectiva de genes que reúnan ciertas características, rasgos o tendencias, los cuales servirán para “crear” o dar vida a un ser humano con un genotipo y fenotipo determinados. En el caso de la eugenesia y la selección del sexo, estamos a favor de las mismas, en cuanto sean aplicadas o utilizadas para prevenir o curar alguna enfermedad grave, producida por una combinación genética particular, la cual afecte la vida futura del ser humano.

⁸⁹ BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Óp. Cit., p. 81.

⁹⁰ *Ídem.*

⁹¹ BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Óp. Cit., p. 84.

⁹² *Ídem.*, p. 84.

1.6.9. HIBRIDACIÓN.

Por cuanto hace a la hibridación esta se refiere a la posibilidad de, "...crear un individuo con material genético de diversas especies incluida la humana, básicamente consiste en el apareamiento de animales o plantas de distintas especies, siendo el híbrido la planta o el animal resultante de la hibridación"⁹³. Existe una técnica que permite la hibridación con más posibilidades de realización y que prescinde del apareamiento, "...esta se realiza a través de la hibridación o mezcla de material genético de varias especies en las células reproductoras que van a ser fecundadas o en las células del pre-embrión o embrión..."⁹⁴.

Al respecto nos dice la maestra STELLA MARIS que, "...si bien luce a primera vista plenamente lógica la implementación de un tipo penal que alcance estas manipulaciones, resulta necesario hacer una excepción en el caso del test del hámster, altamente difundido como método diagnóstico para precisar la dotación cromosómica del esperma humano"⁹⁵.

Respecto a lo anterior entendemos, que en la aplicación del referido test, la utilización de óvulos de hámster se hace para evitar utilizar óvulos humanos, pero no menos cierto es que de una u otra forma con la fecundación en dicho test de óvulos de ratón con esperma humano, aunque no tengan como fin "procrear" un individuo híbrido, la misma es una práctica de alto riesgo, al estar involucrada la especie humana.

De manera que, la creación de híbridos, debe estar prohibida cuando para la obtención de un híbrido se utilice o se mezcle material genético humano con el de otras especies animales.

⁹³ BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Óp. Cit., p. 88.

⁹⁴ *Ibíd.*, p. 89.

⁹⁵ MARIS MARTINEZ, STELLA, Óp. Cit., p. 136.

1.6.10. QUIMERAS.

Por lo que respecta a las quimeras, dicha palabra "...tiene su origen del griego khimaira; monstruo mitológico que escupía fuego con cabeza de león, cuerpo de cabra y cabeza de serpiente"⁹⁶. Se obtiene una quimera cuando, "...se da la fusión de dos embriones distintos de la misma especie o de especies diferentes, pudiéndose originar un único individuo con fragmentos de los distintos embriones originarios...la quimera puede producirse de manera absolutamente natural, produciéndose en reducidos casos su viabilidad...cabría considerar quimera el nacimiento de dos hermanos siameses, siendo este o estos fruto de la gestación de dos embriones fusionados"⁹⁷.

Como indica la maestra STELLA MARIS, "...en teoría nada impide que se intente la fusión en laboratorio de dos cigotos humanos, en sus primeros estadios de división celular...De hecho tales experiencias son ya de rutina en lo que a ratones (el mamífero genéticamente mejor conocido hasta el presente) se refiere, llegándose a obtener un solo pre-embrión a partir de dos o tres cigotos"⁹⁸.

1.7. CLONACIÓN.

En los últimos años hemos oído hablar con gran frecuencia de algo llamado clonación, en la televisión, la radio y en los medios impresos, para la mayoría quizá solo es una palabra que produce admiración o por lo menos curiosidad y en ciertos casos hasta indiferencia. Pero ¿qué es la clonación?. Quizá debamos comenzar por el significado etimológico del término clonación, "...el cual deriva del griego "klon", esqueje, es decir, la reproducción asexual de especies que se reproducen por unión de células germinales de ambos sexos"⁹⁹.

⁹⁶BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Óp. Cit., p. 88.

⁹⁷Idem.

⁹⁸MARIS MARTINEZ, STELLA, Óp. Cit., p. 139.

⁹⁹ALBERRUCHE DIAZ-FLORES, MERCEDES, La Clonación y Selección de Sexo: ¿Derecho Genético?, Editorial Dykinson, Madrid, 1998, p. 19.

Se habla de clon como, "...un individuo genéticamente igual a otro, que comparte sus genes, individuos que pueden ser naturales o de laboratorio"¹⁰⁰. Asimismo podemos entender a la clonación como, "...el procedimiento de reproducción realizado sin que intervenga la unión de las células sexuales, mediante el cual se obtiene un ser que es genéticamente homogéneo a otro"¹⁰¹ o bien como "la reproducción exacta de segmentos de ADN o genes mediante su inserción en microorganismos; también como obtención de individuos genéticamente idénticos a otros por técnicas de reproducción asexual en laboratorio"¹⁰².

Lo que nos hace preguntarnos si ¿solo a través de la intervención del hombre se puede obtener un clon o un ser clonado?, la respuesta es no, "...ya que desde siempre en la naturaleza han existido clones, como lo son los gemelos idénticos y las plantas que se reproducen por esquejes, situaciones naturales en donde no intervienen los avances de la ciencia ni la técnica"¹⁰³. Los clones naturales que se dan en el caso de los seres humanos "...son los gemelos monocigóticos; en estos el proceso de clonación ocurre en el seno materno, cuando el embrión se divide en dos"¹⁰⁴.

1.7.1. METODOS DE CLONACIÓN.

La creación de seres genéticamente idénticos puede realizarse a través de un proceso científico en un laboratorio. A decir del maestro CORDOBA las formas de clonación conocidas son: "...1)La clonación de pre-embriones, extrayendo y aislando sus células o blastómeros y trasladándolos independientemente a úteros distintos, recubiertos de una membrana artificial; 2) La clonación de pre-embriones en fase de dos células, estrangulando la membrana del pre-embrión para formación de gemelos idénticos, una vez transferidas aquellas al útero, 3) La clonación de pre-embriones, aislando y extrayendo sus células o blastómeros, e introduciendo cada una de ellas en un

¹⁰⁰ CORDOBA, JORGE E., Op. Cit., p. 19.

¹⁰¹ SAMBRIZZI EDUARDO A., Óp. Cit., p. 197.

¹⁰² ALBERRUCHE DIAZ-FLORES, MERCEDES, Óp. Cit., p. 19.

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ CORDOBA, JORGE E., Op. Cit., p. 19.

óvulo al que se han inactivado y anulado previamente los cromosomas con radiaciones ultravioleta, para su transferencia al útero posteriormente; 4) El clonado por sustitución de núcleos, extrayendo el de un óvulo y sustituyéndolo por el núcleo de una célula somática, con transferencia posterior del óvulo al útero”¹⁰⁵.

Por su parte el maestro SAMBRIZZI señala al respecto que, “...la clonación se logra mediante la inserción en el núcleo de una célula cromosómicamente completa—o sea de una célula somática que, por ser tal, contiene en su núcleo el código genético completo del individuo del cual proviene—en un óvulo al que en forma previa se le ha extraído el núcleo; o mediante la división de células del embrión—que en su estado inicial son totípotes, lo que significa que no se encuentran diferenciadas, suficientes por tanto como para engendrar una persona genéticamente casi idéntica a la que resultara de ese embrión—y su posterior reimplantación en un útero”¹⁰⁶.

En este supuesto, “...la división del embrión se produce, durante los dos primeros días posteriores a la fecundación”. En el supuesto relativo a la transferencia nuclear “el núcleo que se transfiere no es (como resulta de lo antes dicho), el de una célula germinal, que por ser tal, tiene la mitad de la dotación cromosómica, sino el de una célula somática; el hecho de que en la clonación no tenga lugar la unión de células sexuales no significa que ninguna de ellas intervenga, pues si bien puede prescindirse del espermatozoide, no puede—por lo menos ahora—no utilizarse el óvulo, al que puede insertársele una célula somática de la misma mujer de la que procede el óvulo, o de un tercero, sea mujer u hombre”¹⁰⁷.

Ampliando sobre el particular cabe decir que es posible hablar de clonación en ingeniería molecular y de clonación en ingeniería genética no molecular. Por lo que respecta a la **clonación en ingeniería molecular**, “...esta consiste en la multiplicación de genes, obtenidos en nuestro caso del

¹⁰⁵ CORDOBA, JORGE E., Op. Cit., p. 20.

¹⁰⁶ SAMBRIZZI EDUARDO A., Op. Cit., p. 197.

¹⁰⁷ *Ibidem.* Op. Cit., p. 198.

ADN de las células humanas, a través de bacterias o levaduras, obteniendo nuevos genes exactamente idénticos al gen clonado...la **clonación en ingeniería genética no molecular** tiene como base la célula germinal femenina, el óvulo, o el pre-embrión en su primeras etapas de desarrollo...consiste en la creación de seres genéticamente idénticos, es decir, de individuos con un mismo genotipo...actuando sobre el pre-embrión o sobre el óvulo sin fecundar estaremos ante una u otra forma de clonación no molecular”¹⁰⁸.

1.7.2. PARTENOGENÉISIS.

Hablamos de partenogénesis cuando, “...se produce la estimulación de un óvulo por medios artificiales que provoquen la duplicación de su serie haploide sin necesidad de ser penetrado por un espermatozoide...tal maniobra dará origen a un individuo del sexo femenino, genéticamente idéntico a la aportante del óvulo”¹⁰⁹.

Puede considerarse también como, “...la reproducción mediante el desarrollo del gameto femenino, sin la intervención del macho de la especie, siendo la formula natural de reproducción de ciertas plantas y de algunos invertebrados...esta reproducción sin la fecundación del óvulo por el espermatozoide, se puede producir en la especie humana estimulando por medios químicos, térmicos o mecánicos el óvulo, encontrándonos ante una partenogénesis artificial con la certeza de que la descendencia originada por esta forma de reproducción va a ser siempre femenina”¹¹⁰.

Aquí podemos apreciar que en primera instancia este tipo de manipulación genética podríamos incluirlo dentro de la selección inducida del sexo, lo cual sería correcto, pero en este caso además de la selección inducida del sexo, que se hace por parte de la aportante del óvulo o “progenitora”, además se procreara un ser humano genéticamente idéntico a su

¹⁰⁸ BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Óp. Cit., p. 86.

¹⁰⁹ *Ibidem.*, p. 131.

¹¹⁰ *Ibidem.*, p. 90.

progenitora, suprimiendo la intervención directa ó por cualquier otro medio del gameto masculino encaminada a la fecundación del ovulo.

Argumentos por los cuales la Doctrina ha establecido que este tipo de manipulación genética no es más que una forma de clonación, como señala el maestro BELLVER CAPELLA diciéndonos que, "...todas las formas de reproducción asexual que se encuentran en la naturaleza—lo que ocurre en muchas especies vegetales y en animales poco evolucionados—son clonaciones, debido a que tienen como resultado una progenie genéticamente idéntica"¹¹¹.

Cabe hacer mención que nos manifestamos en contra de la clonación, cualquier medio o procedimiento de ingeniería genética, por el cual se procreen seres humanos idénticos o con el mismo genotipo y fenotipo. Lo anterior toda vez que no se debe dejar la unicidad de un ser humano al deseo de otro tercero, no debemos dejar que se intervenga en la vida de otro ser humano en su esencia originaria y única. Pues más allá de que el clon carezca de una individualidad genética, está el hecho de que dicha individualidad haya sido determinada, inducida, dejando de lado ese azar que envuelve nuestra existencia en este aspecto, el ser únicos e irrepetibles, y si como hemos visto existen clones "naturales" inclusive estos son resultado de una situación azarosa, no inducida artificialmente .

1.7.3. ELCASO DOLLY.

Los procesos de duplicación genéticos, según lo conocido hasta no hace mucho tiempo, se estudiaban y desarrollaban en los gabinetes de los hombres de ciencia, "...fue a partir del 27 de febrero de 1997, con el nacimiento de la denominada oveja "Dolly", primer animal clonado con una célula extraída de la glándula mamaria de un ejemplar adulto, en el Instituto Roslin de Escocia, Gran Bretaña, que esto tiene visos de realidad palpable"¹¹².

¹¹¹ BELLVER CAPELLA, VICENTE, *¿Clonar? Ética y derecho ante la Clonación Humana*, Granada, 2000, p. 17, en SAMBRIZZI EDUARDO A., Op. Cit., p. 197.

¹¹² CORDOBA, JORGE E., Op. Cit., p. 21.

La relevancia de la clonación de “Dolly” resulta del hecho de que, “...ha sido el primer clon que se obtuvo a partir de la utilización de células de un individuo adulto, habiéndose hasta entonces utilizado únicamente células embrionales”¹¹³.

No es a nadie desconocido que a partir del nacimiento de “Dolly”, las preguntas, los temores y las conclusiones precipitadas fueron surgiendo, como bien señala la maestra ALBERRUCHE, “...titulares como: “Hoy la oveja mañana el pastor”, “En busca del niño perfecto “ nos han invadido y nos han hecho cuanto menos reflexionar sobre el tema”¹¹⁴. Hasta llegar al momento actual donde un importante científico de Norteamericano, de nombre Richard Seed, afirma que, “...se encuentra preparado técnica y económicamente para llevar a cabo la clonación de humanos e incluso que ya cuenta con cierto número de parejas voluntarias para someterse a dicho experimento, no le importan los obstáculos que se le puedan presentar, afirma incluso que se iría de Estados Unidos, en caso de que allí se aprobara la ya propuesta ley que prohibiera toda investigación y practica al respecto”¹¹⁵.

1.8. PRE-EMBRIONES Y EMBRIONES.

Así tenemos que desde un punto de vista estrictamente biológico, “...entre el momento de la concepción y el del nacimiento podemos distinguir varios estadios diferentes: cigoto, pre-embrión, embrión (que incluye al anterior) y feto (que presupone todos los anteriores)”¹¹⁶.

Por cuanto hace al pre-embrión, “...este no es algo diferente del embrión, pero si más restringido, pues tradicionalmente se denomina pre-embrión al embrión de menos de 14 días a contar desde el momento de la concepción”¹¹⁷. También se le ha denominado como, “...sustancia

¹¹³ SAMBRIZZI EDUARDO A., Op. Cit., p. 210.

¹¹⁴ ALBERRUCHE DIAZ-FLORES, MERCEDES, Óp. Cit., p. 22.

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ CARCABA FERNÁNDEZ, MARIA, Óp. Cit., p. 147.

¹¹⁷ Idem.

embrionaria al fruto de la fecundación con menos de catorce días de evolución”¹¹⁸. Por su parte el maestro CORDOBA señala que, “...el embrión tiene tres etapas de desarrollo: un primer estadio denominado mórulo, que se desarrolla hasta que se produce la segmentación celular o segundo estadio llamado blástula o blastocito, que a los 14 días aproximadamente anida en el útero, comenzando la gestación, hasta los 90 días o sexta semana, cuando aparece la vida fetal que se desarrolla hasta el nacimiento”¹¹⁹.

El cigoto como ya vimos es la célula formada por la fusión de los gametos masculino y femenino, y que contiene la información genética que constituye el programa de desarrollo del nuevo ser. Se habla de embrión como, “...el organismo originado durante los primeros estadios de desarrollo del cigoto, considerándose en la especie humana que la fase embrionaria dura desde la fecundación hasta seis semanas, pasando desde entonces y hasta el momento del nacimiento a denominarse feto”¹²⁰.

Así mismo tenemos que, “...a partir del quinceno día de evolución estacional, se suma a la unicidad genética—constatable desde el momento de la concepción—la unicidad en el desarrollo. Presente ya la línea primitiva, diferenciando el embrión de los trofoblastos”¹²¹. El plazo de los catorce días, en los que se centra la diferenciación entre el pre-embrión o sustancia embrionaria y el embrión, no es arbitrario, ya que “...ese es el tiempo que tarda el embrión en completar la anidación, es decir, en completar el proceso por el cual el embrión se une a la pared del útero, proceso este que comienza hacia los siete días después de la fecundación, y que termina hacia el décimo cuarto día del mismo evento”¹²².

Cabría mencionar que el primer documento que se refirió al concepto de pre-embrión aunque sin utilizar dicho termino fue el informe Warnock, en 1984 donde se sostuvo que, “...solo se podía hablar de la existencia de un embrión

¹¹⁸ MARIS MARTINEZ, STELLA, Óp. Cit., p. 100.

¹¹⁹ CORDOBA, JORGE E., Op. Cit., p. 14.

¹²⁰ CARCABA FERNÁNDEZ, MARIA, Óp. Cit., p. 147.

¹²¹ MARIS MARTINEZ, STELLA, Óp. Cit., p. 143.

¹²² CARCABA FERNÁNDEZ, MARIA, Óp. Cit., p. 148.

luego de la anidación y que esta se producía a partir del día catorceavo a partir de la fecundación...también permitía el informe que el embrión fuera objeto de investigación antes de ese periodo, pero no después”¹²³. Sin embargo no fue sino hasta el año de 1986 que los consejos europeos de investigación médica reunidos en Londres, afirmaron que, “...el termino pre-embrión corresponde a la división celular progresiva desde la fecundación hasta los catorce días después, al finalizar el proceso de implantación y aparecer en el mismo la línea neural primitiva”¹²⁴.

1.8.1. EL CASO DE LOS PRE-EMBRIONES Y EMBRIONES OBTENIDOS IN VITRO.

En este punto cabria apuntar que, como hemos visto, derivado de los avances tecnológicos, a través de la aplicación de una técnica de reproducción asistida puede obtenerse el nacimiento de un ser humano, por consiguiente puede obtenerse un embrión o pre-embrión por medio de la aplicación de una fecundación in vitro y obviamente de manera natural, situación que nos pone ante dos realidades peculiares, como veremos a continuación.

Al respecto nos dice la maestra CARCABA que, “...antes de ese momento-refiriéndose al termino de los catorce días- nos encontramos con un ser vivo y de naturaleza humana que potencialmente, puede ser un individuo humano, pero que también pueden ser dos o ninguno. Es evidente que nos encontramos ante una realidad incierta pero con naturaleza digna de respeto y de protección jurídica”¹²⁵.

Por lo que respecta al embrión cabría decir que, “...el embrión humano concebido in vitro parece lógico entender que su naturaleza no difiere de la que corresponde al embrión humano concebido in vivo. El embrión concebido in

¹²³ CARCABA FERNÁNDEZ, MARIA, Óp. Cit., p. 149.

¹²⁴ BANCHIO, ENRIQUE C., Status Jurídico del Nasciturus en la Procreación Asistida, Buenos Aires, 1995, p. 831, en SAMBRIZZI EDUARDO A., Óp. Cit., p. 141.

¹²⁵ CARCABA FERNÁNDEZ, MARIA, Óp. Cit., p. 148.

vivo o in vitro participa de la dignidad del ser humano porque de un ser humano se trata”¹²⁶.

Dentro de otra perspectiva, hay señalamientos manifestando que, “...luce diferente la situación del material celular embrionario logrado mediante fecundación in vitro, y contenido en un tubo de ensayo, ya sea en actividad o crioconservado, que esa misma sustancia embrionaria localizada en el interior del cuerpo de una mujer. En este caso solo tendremos certeza de la existencia de sustancia embrionaria humana en el primero de los casos, ya que, por el momento, cuando se produce la fecundación en el interior del cuerpo de la mujer solo es plenamente detectable una vez perfeccionada la anidación”¹²⁷.

El maestro SAMBRIZZI señala al respecto que, “...no se comprende con claridad la distinción que erróneamente se efectúa entre los embriones que han alcanzado los catorce días de vida y los que no lo han hecho pues la diferencia entre ellos es meramente cuantitativa, no cualitativa, siendo ambos seres humanos vivos”¹²⁸, sobre el particular el maestro HOOFT afirma que, “...la diferenciación entre embrión y pre-embrión—en cuanto tal distinción excede el marco científico-académico y apunta a criterios jurídicos de desprotección en ciertos casos del denominado pre-embrión—merece reservas”¹²⁹.

Por último y sin adentrarnos en el particular cabría hacer mención al apunte del maestro VIDAL MARTINEZ el cual nos dice que, “...la temática del estatuto jurídico del embrión humano concebido in vitro presupone de entrada la consideración de su desarrollo biológico, pero es la reflexión filosófica la que puede aprehender la realidad ontológica del embrión humano concebido in vitro, dependiente en lo que concierne a su conservación del equipo bio-médico que lo ha obtenido, así como de una futura implantación en el útero materno que permita el desarrollo de su potencialidad a la que de un modo natural esta llamado”¹³⁰.

¹²⁶VIDAL MARTINEZ, JAIME., Óp. Cit., p. 86.

¹²⁷MARIS MARTINEZ, STELLA, Óp. Cit., p. 98.

¹²⁸SAMBRIZZI EDUARDO A., Óp. Cit., p. 142.

¹²⁹HOOFT, PEDRO F., Bioética y Derechos Humanos. Temas y Casos, Buenos Aires, 1999, p. 42-43, en SAMBRIZZI EDUARDO A., Óp. Cit., p. 142.

¹³⁰VIDAL MARTINEZ, JAIME., OP. Cit., p. 88.

Para finalizar este capítulo señalaremos dos cosas, primera y sin desviarnos del tema principal de este trabajo, que en nuestro país no se utilizan los términos de sustancia embrionaria o preembrión, no obstante existen diversos dispositivos de carácter administrativo, como la Ley General de Salud y sus diversos Reglamentos, en los cuales existe un marco de protección respecto al embrión y al feto, ello por cuanto a los aspectos relativos a su obtención, conservación y posible destrucción, etc.

Segundo, atento a lo visto en este capítulo, cómo podemos apreciar los avances tecnológicos y su aplicación repercuten en las relaciones humanas de una sociedad determinada, y el campo jurídico no es la excepción, por ello como veremos a continuación diversas sociedades se han dado a la tarea de establecer un marco jurídico para la regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida y la Manipulación Genética.

CAPITULO 2.

MARCO HISTORICO-LEGAL DE ALGUNOS ESTADOS QUE REGULAN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA MANIPULACIÓN GENÉTICA.

2.1.- SUECIA.

Como resultado obvio de las conductas anteriormente descritas, se ha derivado en la creación de múltiples disposiciones que se han plasmado en las legislaciones de los distintos países. Por lo que consideramos conveniente abordar una breve exposición, que en absoluto se trata de un estudio minucioso de Derecho comparado, respecto de las medidas adoptadas por algunos Estados sobre la materia. Por consiguiente nuestra exposición se dirigirá no tanto al análisis objetivo de las normas, sino más bien partirá del análisis dogmático-comparativo entre las diversas legislaciones. Por lo que después de estas breves referencias pasaremos al análisis de la primera legislación europea que se creó con el fin de regular como ley especial diversos aspectos de la inseminación artificial.

2.1.1. LEY SUECA SOBRE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

Esta ley "...fue redactada el 20 de diciembre de 1984, misma que entro en vigor el primero de marzo de 1985, y que regula únicamente la inseminación artificial...En esta ley se contemplan tanto aspectos de Derecho Público como de Derecho privado"¹³¹. "La Ley sueca sobre la inseminación artificial del año 1984 consto de siete artículos"¹³². En dicha ley se exigieron una serie de condiciones para proceder a la inseminación artificial, como bien señala la maestra CARCABA FERNÁNDEZ, mismas que mostramos a continuación:

¹³¹ **CARCABA FERNÁNDEZ, MARIA**, Los Problemas Planteados por las Nuevas Técnicas de Procreación Humana, José M^º Bosch editor, Barcelona, 1995, p. 46.

¹³² **ALBERRUCHE DIAZ-FLORES, MERCEDES**, La Clonación y Selección de Sexo: ¿Derecho Genético?, Editorial Dykinson, Madrid, 1998, p. 95.

“1) Admite tanto la inseminación artificial con semen del cónyuge como la inseminación artificial con semen de donante, pero los destinatarios deben ser una pareja casada o una unión de hecho estable, dicha pareja deberá ser heterosexual.

2) Que el esposo o compañero consienta la inseminación, consentimiento que puede ser revocable y que es la base de la asunción por este de los derechos y obligaciones propios de la paternidad.

3) Tratándose de inseminación artificial con semen de donante, esta debe hacerse en un hospital público y con supervisión de médicos competentes en la materia y el hijo así nacido será considerado de la pareja a la que se le dono el material genético.

4) La donación es gratuita y la utilización de semen de un mismo donante se limita para evitar riesgos de consanguinidad.

5) Esta ley reconoce que el derecho del hijo así nacido a conocer la identidad del padre biológico o donante. Y exige que los datos del donante sean registrados en un diario especial que será conservado durante setenta años, para que el niño una vez alcanzada la madurez suficiente pueda tener acceso a tales datos, aunque no se produzcan efectos en orden a la filiación.

6) La investigación embrionaria se acepta bajo regulación de normas éticas, con la supervisión de comités éticos de investigación.

7) La experimentación sobre embriones deberá estar bien fundamentada desde el punto de vista médico y no se realizara a partir del décimo cuarto día desde la fecundación”¹³³.

2.1.2. LEY SUECA SOBRE FECUNDACIÓN IN VITRO.

Posteriormente en junio de 1988 fue creada la ley sobre la fecundación in vitro, la cual toco diversos aspectos siendo los más importantes los

¹³³CARCABA FERNÁNDEZ, MARIA, Óp. Cit., p. 48.

siguientes: “...se permitió la fecundación in vitro homologa, en beneficio de aquellas parejas que mantengan una relación firme y con consentimiento escrito del hombre afectado; esta tendría que ser realizada en hospitales generales; se prohibió la maternidad subrogada y se establecieron sanciones para la contravención de sus disposiciones legales, dicha ley hablaba de pena de multa o privación de libertad hasta un máximo de seis meses. En esta ley se establecieron una serie de restricciones y medidas para la protección del menor entre las que destacan: la eliminación del anonimato que cubría en la legislación anterior la inseminación artificial con donante. Esto suponía un duro golpe para estas prácticas, ya que la revelación de la identidad del donante sin ningún tipo de causa que la justifique sino por principio general, se creía frenaría el número de donantes, puesto que aunque no se le atribuyan efectos a dicha identificación, no se considera aconsejable hacer pública la identidad del donante”¹³⁴.

2.2. GRAN BRETAÑA.

En el caso de la Gran Bretaña nos dice la maestra CARCABA FERNÁNDEZ, existen antecedentes que nos remontan a la primera mitad del siglo XX, así tenemos que por ejemplo “...en 1948 el Arzobispo de Canterbury nombro una comisión para preguntarles sobre el desarrollo de la inseminación artificial. La conclusión fue extremadamente crítica y exigía que la inseminación artificial con donante considerada como un acto criminal...posteriormente en 1960, recogiendo la orden del referido Arzobispo, se reunió el Comité Fevershan, que aunque no considero un crimen la práctica de estas técnicas tampoco las propicio...”¹³⁵.

2.2.1. EL INFORME WARNOCK.

Años después en julio de 1984 se publico un informe emitido por un Comité investigador creado por el gobierno británico en 1982 para examinar los

¹³⁴ ALBERRUCHE DIAZ-FLORES, MERCEDES, Óp. Cit., p. 96-97.

¹³⁵ CARCABA FERNÁNDEZ, MARIA, Óp. Cit., p. 48.

avances realizados en el campo de la fertilización y embriologías humanas, y para formular recomendaciones sobre la futura actitud oficial.

Entre las conclusiones más importantes que arrojó este informe tenemos que por ejemplo, “ algunos tipos especiales de tratamiento de la infertilidad y de las investigaciones sobre pre-embriónes humanos eran aceptables en términos generales, pero que la práctica de la maternidad delegada debía prohibirse; se estableció la necesidad de crear un organismo legal e independiente para controlar los servicios dedicados al tratamiento de la infertilidad y para vigilar y autorizar las investigaciones que se realicen...este informe, llamado generalmente “Informe Warnock”, ha sido de gran importancia ya que fue tomado en consideración por las comisiones de estudio sobre procreación humana de otros países...consecuencia de este informe en el año de 1985 se creó una ley prohibiendo la gestación de alquiler en Gran Bretaña: la “Surrogacy Arrangements Act” .”¹³⁶

2.2.2. EL INFORME SOBRE FERTILIZACIÓN Y EMBRIOLOGÍA HUMANA.

Posteriormente en noviembre de 1987, el Gobierno Británico publicó un informe con el título: Human Fertilization and Embryology: A framework for legislation (Fertilización y Embriología Humana: un marco legal). Sobre este particular señala la maestra ALBERRUCHE DIAZ que “...un punto muy importante recogido en este documento es el referente a la experimentación embrionaria; se reconoce que debe haber algún tipo de protección del embrión humano desde la fecundación, dejándose en el parlamento la decisión de determinar la extensión de dicha protección...así mismo se concluyó que no debería de continuar la situación existente en ese momento de falta de control estatal”¹³⁷.

2.2.3. LEY SOBRE FERTILIZACIÓN Y EMBRIOLOGÍA HUMANA.

Como resultado del informe de Fertilización y Embriología Humana del año 1987, se presentó en 1989 ante la Cámara de los Lores el proyecto de ley

¹³⁶ CARCABA FERNÁNDEZ, MARIA, Óp. Cit., p. 49.

¹³⁷ ALBERRUCHE DIAZ-FLORES, MERCEDES, Óp. Cit., p. 102.

sobre fertilización humana y embriología, misma que fue aprobada en 1990, “...su contenido coincide con lo dispuesto por el informe Warnock...los miembros del parlamento en ambas Cámaras votaron a favor de permitir la experimentación embrionaria, con las correspondientes autorizaciones de la “Statutory Licensing Authority”, y siempre hasta el día catorce tras la fecundación...en dicha ley se regularon las prohibiciones en relación con embriones y gametos y si bien no se hablaba de clonación si se habla de “intercambiar el núcleo de una célula o de un embrión con el núcleo de tomado de otra célula de cualquier persona”, así como mezclar tanto embriones como gametos humanos y animales”¹³⁸.

Ampliando un poco sobre esta ley el maestro SAMBRIZZI nos dice que: “...si bien la Human Fertilisation and Embriology Act (ley sobre fertilización humana y embriología) aprobada en el año 1990, nada disponía en forma expresa sobre la clonación, palabra que no se utilizaba, en dicha ley como ya vimos se prohibía intercambiar el núcleo de una célula de embrión con el núcleo tomado de otra célula de cualquier persona, sea que se tratara del embrión o de su desarrollo posterior, operación que constituye una de las formas de clonación, por lo que la misma debía considerarse que se encontraba prohibida...la ley establecía para dicha conducta una pena de prisión no mayor de diez años, o multa, o ambas sanciones conjuntamente. No obstante la regla establecida con relación a la prohibición de la clonación no era absoluta, puesto que si bien la misma prohibía sustituir el núcleo de una célula de embrión, la prohibición no comprendía, la sustitución de un óvulo no fertilizado”¹³⁹.

Ahora bien el 19 de diciembre del año 2000 fue aprobada por la Cámara de los comunes y más adelante el 22 de enero del año 2001 por la Cámara de los Loes, una enmienda a la ley del año 1990, “en esta enmienda se admite la clonación con la finalidad de aprovechar las potencialidades que ofrecen las células germinales para el diseño de tratamientos curativos y para la fabricación de células y tejidos para trasplantes, en ella el gobierno de Gran

¹³⁸ ALBERRUCHE DIAZ-FLORES, MERCEDES, Óp. Cit., p. 102.

¹³⁹ SAMBRIZZI EDUARDO A., La Procreación Asistida y la Manipulación del embrión Humano, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 2002, p. 218.

Bretaña autorizo la clonación de embriones humanos con fines de investigación, así como terapéuticos”¹⁴⁰.

La enmienda en comento entro en vigor desde el 31 de enero del año 2001, lo que convirtió a la Gran Bretaña en el primer país que autoriza la clonación de seres humanos; dicha enmienda se realizó en palabras del parlamento británico, “con la finalidad atraer lucrativas inversiones en el área de la biotecnología, como también impedir la partida de científicos interesados en avanzar en dichas investigaciones”¹⁴¹.

2.3. ALEMANIA.

Las conductas que traen consigo las técnicas de reproducción asistida, el análisis de los genomas y la terapia genética, parecieron a los poderes públicos de la antigua Alemania federal suficientemente graves como para hacer una reflexión profunda. Así los ministerios de Justicia e Investigación se reunieron en mayo de 1984 y crearon la Comisión Benda que en 1985 redacto un informe para que sirviera de base a los trabajos del legislador federal sobre la materia.

2.3.1. EL INFORME BENDA.

Sobre el informe Benda, y algunos otros proyectos de ley alemanes, la materia la maestra ALBERRUCHE DIAZ nos ilustra:

“...En el llamado Informe Benda; se admitía la fecundación in vitro, pero se mostraba reticente cuando estas fecundaciones in vitro eran realizadas con la ayuda de una donación de semen o de óvulos. Mayor, aun, era la reticencia sobre la donación de embriones, y se aconsejaba prohibir la maternidad por sustitución.

El Ministerio Federal de justicia público a finales de abril de 1986 un anteproyecto de la ley sobre la protección del embrión, proponiendo un gran número de disposiciones concernientes a distintos aspectos:

¹⁴⁰ SAMBRIZZI EDUARDO A., Óp. Cit., p. 218.

¹⁴¹ Idem.

__Experimentación embrionaria, no permitida sin la autorización de las autoridades estatales competentes.

__Sobre manipulación genética de los caracteres hereditarios en las células germinales.

__Prohibición de creación de clones, quimeras, e híbridos.

__Manipulación genética de los caracteres hereditarios en las células germinales.

2.3.2. LEY SOBRE PROTECCIÓN DEL EMBRIÓN.

El 19 de julio de 1989, el Gobierno Federal de Alemania elaboro un proyecto de ley con vistas a prohibir la práctica de las madres de alquiler y las manipulaciones del patrimonio genético humano. El proyecto condena la elección del sexo de un niño concebido por inseminación artificial, la fabricación de embriones genéticamente idénticos y la creación de embriones con fines exclusivamente científicos.

La llamada Ley sobre protección del embrión fue aprobada por el parlamento alemán en 1990, entrando en vigor en enero de 1991. Dicha ley prohíbe entre otras las siguientes conductas:

__La selección de embriones en función del sexo, salvo casos de enfermedades hereditarias graves ligadas al sexo.

__La modificación artificial del patrimonio hereditario de una célula embrionaria humana.

__La hibridación y creación de quimeras.

__La fecundación de óvulos con un fin distinto al del embarazo de la mujer de la que procede el óvulo. La creación de embriones mediante fecundación in vitro para la experimentación.

__La extracción de un embrión antes de que finalice el periodo de segmentación para ser transferido a otra mujer o utilizarlo con fines científicos.

__Se prohíben las manipulaciones genéticas que puedan conducir al nacimiento de un embrión humano dotado del mismo patrimonio hereditario que otro embrión, feto, o cualquier otro ser vivo humano o difunto.

__Así mismo “quien produzca artificialmente el nacimiento de un embrión humano con la misma información genética que otro embrión , un feto o un hombre vivo o muerto, será castigado con pena de prisión de hasta cinco años o con multa”. Es de llamar la atención de este precepto es la diferencia de sanción entre prisión de hasta cinco años o multa, en la ley no especifica nada más sobre los casos en que procederá una u otra”¹⁴².

Podemos así destacar de la lectura anterior que esta ley alemana consagra la existencia de la personalidad del ser humano desde el mismo instante de la concepción, y se muestra respetuosa con el embrión humano, aunado a su carácter prohibitivo que de manera expresa hace sobre la clonación.

Sobre esta misma ley el maestro DIEZ REPOLLES refiere que “...la Ley de Protección al Embrión de 1990 (Gesetz zum Schutz von Embryonen), es en realidad debido a su estructura y disposiciones, una verdadera ley penal especial, que tuvo un larguísimo proceso de elaboración, y materia de graves enfrentamientos entre los diversos grupos integrantes de la sociedad alemana, hasta su publicación en 1990...poco antes en 1989, se habían establecido una serie de preceptos en la ley de mediación de adopciones que castigaban la maternidad de alquiler, junto con algunos intentos encaminados a la introducción en la Constitución alemana de un nuevo artículo relativo a la fertilización humana los cuales no tuvieron éxito”¹⁴³.

¹⁴² **ALBERRUCHE DIAZ-FLORES, MERCEDES**, Óp. Cit., p. 100.

¹⁴³ **DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.**, El Artículo 417 del Código Penal y su Naturaleza Jurídica, p.143, en PERIS RIERA, JAIME MIGUEL, La Regulación Penal de la Manipulación Genética en España, Editorial Civitas S. A., Madrid, 1999, p. 198.

“La decisión del legislador alemán de optar por una ley especial para regular la materia fue seriamente debatida durante mucho tiempo por los especialistas que ponían objeciones a “una automática e indiferenciada criminalización”, ello se debió a que este cuerpo legal fue visto como la más clara representación de lo que el legislador deseaba tener por simplemente no sucedido y que decidió prohibir, olvidando que su tarea era la de “regular”, lo que resulta más complejo porque requiere un criterio de actuación”¹⁴⁴.

Por cuanto hace a las penas y sanciones establecidas en esta ley, tenemos que, “...estas iban desde las privativas de libertad de un año de duración o multa, hasta las privativas de la libertad por cinco años”¹⁴⁵. Aquí cabe señalar que al tratar de buscar una fundamentación a esta penalización, la misma fue criticada desde muy distintos extremos y por varias razones, “...una parte de la doctrina alemana quiso ver su punto de partida en el hecho de que la Constitución alemana obliga al estado a proteger la dignidad del hombre, lo que restringiría el derecho individual a la autodeterminación y la libertad de ciencia e investigación, otro sector de la doctrina alemana, y también española, resaltaron que tal argumento incurre en el error de valorar igual todas las fases de desarrollo de la vida humana desde la fecundación”¹⁴⁶.

Así las cosas luego de que como ya vimos en el año 2000 fue aprobada la clonación de embriones para investigación en Gran Bretaña, cabe hacer mención que “...el canciller alemán se manifestó en favor de revisar la legislación alemana vigente al respecto, mientras que la ministra de Sanidad de ese país afirmó que estaba en contra de la clonación, aunque en un proyecto de ley presentado por esta última se acepta la compra de embriones humanos no alemanes, para experimentación en Alemania”¹⁴⁷.

¹⁴⁴ **PERIS RIERA, JAIME MIGUEL**, *La Regulación Penal de la Manipulación Genética en España*, Editorial Civitas S. A., Madrid, 1999, p. 199.

¹⁴⁵ **Ibidem**, p. 200.

¹⁴⁶ **Idem**.

¹⁴⁷ **SAMBRIZZI EDUARDO A.**, *Óp. Cit.*, p. 215.

2.4. AUSTRIA.

En el caso de los antecedentes legales que han sido pioneros en Austria respecto a la regulación de la materia que nos ocupa, tenemos la denominada “ley reguladora de la medicina de la reproducción” de 1992 y la “ley sobre organismos modificados genéticamente” de 1994, las cuales son analizadas por el maestro PERIS RIERA en forma clara y concreta, en atención a lo cual creemos conveniente insertar textualmente la totalidad de las observaciones hechas por el sobre este tema:

2.4.1. LEY REGULADORA DE LA MEDICINA DE LA REPRODUCCIÓN.

“...En este país entro en vigor el 1 de julio de 1992 (ley publicada el 4 de junio) la ley reguladora de la medicina de la reproducción (Fortpflanzungsmedizingesetz). En contra de lo propuesto por la ley alemana, esta tiene como objetivo primordial el establecimiento de unos causes para los distintos procedimientos medico—biológicos de los que se ocupa, adopta respecto a los mismos claros criterios de actuación y las prohibiciones penales juegan solo un papel secundario. La doctrina austriaca frente a las distintas técnicas de procreación asistida ha venido destacando una serie de principios fundamentales (dignidad humana, libertad de procreación, interés del niño) que reconoce esta ley.

Ofrece una diversa gama de párrafos en los que se ocupa de cuestiones conceptuales, determinación de los espacios de licitud (contrario a la ley alemana que hay que extraerlos por exclusión) y de las personas legitimadas para actuar. Incluye también disposiciones relativas a los asesoramientos y consejos previos, al consentimiento y sus condiciones, regulando incluso el tratamiento que debe darse al semen de terceros, a la conservación registro e informes. A la vez que modifica otras leyes civiles como la del matrimonio.

Las denominadas disposiciones penales, establecen una serie de infracciones administrativas que distinguen, antes que nada, entre las conductas realizadas por quien no es medico (desde practicar la reproducción, poner a disposición semen incumpliendo las prescripciones

legales, hasta tratar semen, óvulos o células viables) o por quien lo es (refiriéndose a comportamientos que sobrepasan la barrera de permisibilidad establecida en la parte general de la ley). Se contemplan igualmente una serie de infracciones, estructuradas en base a la omisión de reconocimientos, incumplimiento de anotaciones, controles de conservación realizadas por quienes trabajan para una institución sanitaria.

Considera sancionable la experimentación; las sanciones previstas son todas de carácter pecuniario, aunque van acompañadas de una previsión de privación de la libertad (que no supera los catorce días) para los supuestos de impago. Se declara expresamente que las infracciones administrativas, previstas en toda la ley, solo podrán castigarse de forma autónoma cuando el hecho no forme parte de un acto delictivo competencia de los Tribunales¹⁴⁸.

2.4.2. LEY SOBRE ORGANISMOS MODIFICADOS GENETICAMENTE.

“De modo semejante el Legislador austriaco en 1994 se pronuncio en la ley sobre organismos modificados genéticamente reguladora también de la aplicación de los análisis genéticos y de la terapia génica en seres humanos. Se recogen en ella toda una serie de conceptos generales a si como la normativa de aplicar en el caso de manipulación de organismos modificados genéticamente, tanto en espacios confinados como su liberación. Al efecto esta ley solo creo infracciones administrativas y utiliza una formula semejante a la de la ley reguladora de la medicina de la reproducción. Las irregularidades contempladas se convierten en infracciones administrativas subsidiarias de otras más graves y de infracciones penales que puedan aplicarse por estar en el ámbito de las acciones punibles (en tanto en cuanto el hecho no constituya una acción punible correspondiente con el ámbito de aplicación de un tipo penal)”¹⁴⁹.

¹⁴⁸PERIS RIERA, JAIME MIGUEL, Óp. Cit., p. 202

¹⁴⁹Ibidem, p. 204.

2.5. ESPAÑA.

“Siguiendo el procedimiento implementado por Gran Bretaña, también en España se creó un comité destinado al estudio de esta problemática, denominado “Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial”, dicha comisión fue creada el 2 de noviembre de 1984, cuyo ámbito fue el congreso de los diputados, estuvo integrada por un miembro de cada grupo parlamentario, siendo presidida por el diputado Marcelo Palacios, a raíz de lo cual el informe que finalmente emitió dicha comisión (y que fue aprobado por el pleno del Congreso de España el 10 de abril de 1986) es conocido como el informe Palacios”¹⁵⁰.

2.5.1. EL INFORME PALACIOS.

Sobre este informe y los diversos proyectos, anteproyectos y leyes que tuvieron lugar en España hasta el año de 1988, fecha en que se creó la ley sobre técnicas de reproducción asistida, la maestra CARCABA FERNÁNDEZ señala:

“En dicho informe se abordan los aspectos biológicos de la reproducción humana, los problemas científicos y jurídicos que plantea la reproducción artificial, y concluye con una relación, también completa, de recomendaciones (155 en total), así como algunas sugerencias de ciertos grupos parlamentarios, situadas después de las recomendaciones, y relativas a los puntos sobre los cuales hubo acuerdos y desacuerdos.

Las recomendaciones en el contenidas no tuvieron ningún valor jurídico, pero tuvieron un gran valor a la hora de elaborar la proposición de ley 122/000062, sobre fecundación asistida y la 122/000061 sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, presentadas ambas por el grupo socialista el 9 de mayo de 1987.

¹⁵⁰ **MARIS MARTINEZ, STELLA**, Manipulación Genética y Derecho Penal, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 161.

La proposición de ley sobre fecundación asistida constaba de una exposición de motivos, de 20 artículos, de tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria y de 4 disposiciones finales.

En ella se admitía la práctica de varias técnicas de procreación asistida: inseminación artificial, con o sin donante, fecundación in vitro, transferencia de embriones y transferencia intratubárica de gametos, únicamente realizable en Centros y Establecimientos autorizados. Se prohibía, en cambio la gestación por sustitución.

Para llevarse a cabo tales operaciones era preciso el consentimiento escrito de la mujer o de la pareja beneficiaria. Podían beneficiarse de estas técnicas tanto las parejas casadas, como las parejas heterosexuales estables y la mujer sola (disposición adicional primera), admitiéndose también la inseminación y transferencia de pre-embiones post-mortem, aunque para que ello fuera posible exigía que constase expresamente el consentimiento en tal sentido del fallecido, privándose a los así nacidos de derechos sucesorios. En relación con la donación de gametos y pre-embiones se exigía que fuera gratuita, voluntaria e irrevocable. Se pretendía garantizar el anonimato, pero ello planteaba dudas, pues algunas de las expresiones utilizadas en la proposición daban a entender que el donante de semen no tenía garantizado totalmente el anonimato de la donación. Se limitó a seis el número máximo de descendientes que se podían hacer nacer a partir del semen de un mismo donante, y se establecía en 18 años la edad mínima para poder ser donante de gametos. Además se preveía la creación de un Registro Nacional informatizado de donantes de gametos y pre-embiones con fines de reproducción humana, con las garantías precisas de secreto y en forma de clave (Disposición final 3ª).

Se prohibía la fecundación in vitro de óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana, y se recogía el límite de los 14 días como el máximo permitido de desarrollo de un pre-embrión in vitro, autorizándose la investigación y experimentación con gametos u óvulos fecundados con grandes limitaciones. Exponía dicha ley una serie de técnicas consideradas como no deseables: clonación, creación de seres híbridos entre otros.

También se disponía la creación de una Comisión Nacional de Reproducción Asistida de carácter permanente, dirigida a orientar sobre la utilización de estas técnicas, constituida por representantes del Gobierno y de la Administración; representantes de las distintas sociedades relacionadas con la fertilidad humana y en especial con estas técnicas, y por un Consejo de amplio espectro social.

Por su importancia y repercusión en el Derecho Civil, se estableció en dicha ley que “el matrimonio o pareja estable a cuya mujer se realicen estas técnicas de reproducción asistida, con colaboración de donantes o sin ella, serán los padres legales del hijo o hijos así nacidos, siempre que hayan dado su consentimiento previo y fehaciente una vez conocidos todos los términos de la utilización de las técnicas a que hace referencia.

Por el mismo motivo hay que señalar que en la disposición adicional 2ª se indicaba que, aunque prohibida, en caso de gestación de sustitución la madre legal sería la gestante. Con esta regulación se intentaba dar solución a los problemas de paternidad y maternidad planteados por las nuevas técnicas de procreación humana.”¹⁵¹.

2.5.2. LEY 35/1988 SOBRE TECNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

“...El 24 de noviembre de 1988 se publicó en el B.O.E. (Boletín Oficial Español) la Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida, con algunos errores que fueron rectificadas en el B.O.E. de 26 de noviembre de 1988.

La Ley 35/1988 de 22 de noviembre, es una ley que contiene normas de carácter civil, administrativo y sancionador. Así tenemos que se señalan los centros donde se pueden realizar las técnicas de reproducción asistida, o los bancos de recepción, conservación y distribución de material biológico humano. Se establece la obligación del centro de contar con el equipamiento necesario.

¹⁵¹ **CARCABA FERNÁNDEZ, MARIA**, Óp. Cit., p. 53-54.

Así mismo se estableció mediante real decreto una Comisión Nacional de Reproducción Asistida de carácter permanente, constituida por representantes del Gobierno y de la Administración, de las distintas sociedades relacionadas con la fertilidad humana y con estas técnicas y con un consejo de amplio espectro social. Sus competencias serían fijadas por el gobierno, y la propia comisión elaboraría un reglamento que aprobaría el gobierno.

Se estableció también la creación de un Registro Nacional informatizado de donantes de gametos y pre-embriones, donde se consignara cada hijo nacido de los distintos donantes, y de la identidad de las parejas o mujeres receptoras.

Dicha ley sobre técnicas de reproducción asistida contemplaba una serie de actuaciones que se consideraban infracciones de mayor o menor gravedad; sin embargo, las mismas no se encontraban dentro de una ley de carácter penal que considerara tales actuaciones tipificándolas y estableciendo una sanción de carácter penal¹⁵².

2.5.3. EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1992.

Continuando con el análisis del caso español, tenemos a continuación los apuntes y comentarios que sobre el anteproyecto de código penal de 1992, y sobre el proyecto de código penal de 1994 realiza el maestro PERIS RIERA, quien destaca del primero lo siguiente:

“En el año de 1992, se crea el llamado anteproyecto de Código Penal de 1992, el cual si bien no llegó a convertirse en Derecho Positivo, creemos conveniente realizar del mismo por ilustrativa, una pequeña exposición de las principales cuestiones contenidas en este primer intento regulador de la manipulación genética y sin que esto suponga el examen detallado de su contenido. Así en una aproximación general se distinguió primeramente lo referente a conductas de manipulación genética sobre lo

¹⁵²CARCABA FERNÁNDEZ, MARIA, Óp. Cit., p. 55 y-56.

que el pre-legislador denominó “tipo constitucional vital”, quedando aparte de los demás preceptos.

De una forma manifiestamente inconexa con la terminología médica más común, castigaba la aplicación de una tecnología genética para la “determinación” del sexo de una persona, sin el consentimiento de sus progenitores. También se castigaba conductas que supusieran donación, utilización o destrucción de material orgánico humano (siendo esta la única forma de aunar referencias biológicas tan variadas como células, tejidos, órganos, embriones o fetos humanos) fuera de los casos autorizados por la ley. También castigaba la inseminación artificial no consentida y, al hacerlo, creaba serios problemas penológicos con otras figuras delictivas.

Cuando aparece este Anteproyecto existían ya dos leyes (la Ley 35 y la 42 de 1988) dedicadas a dispensar una tutela jurídica a los bienes implicados en las técnicas de reproducción asistida humana y en la manipulación de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, aunque en ellas se contemplasen infracciones de distinto carácter y sanciones ajustadas a las mismas, en ninguna se preveía la intervención del Derecho Penal.

En las discusiones que precedieron a la aparición de estas normas, se efectuaron recomendaciones en orden a las conductas que debían de ser controladas o reprimidas, pero en la mayoría de los casos, las recomendaciones no pasaron a especificar el tipo de instrumentación jurídica que debía ser utilizada. Resulta así, quizá excesivamente reveladora, del inicial desconocimiento con que el pre-legislador se acercó a esta materia. Por eso, este primer intento resulta significativo.

En un segundo orden de razones se debe de colocar el importante dato que supone el hecho de que existía sobre el texto del anteproyecto un informe detallado del Consejo General del Poder Judicial. El informe del CGPJ hacía especial mención al principio de intervención mínima y entendía que este se respetaba, en los términos descritos en la parte general del mismo. Estas matizaciones, son importantes porque, aun cuando el proyecto de 1992 no las llegó a tener en cuenta, estas repercutieron en el intento de regulación, contenido en el proyecto de 1994, que a unido el contenido de aquellas con algunas de las

modificaciones realizadas al proyecto de 1992 en sede de discusión parlamentaria. Resulto en su momento no menos relevante el hecho de que algunas de las incorrecciones técnicas que se incluían en el anteproyecto de 1992, subsanadas parcialmente en el mismo, y que desaparecieron en su práctica totalidad en el proyecto de 1994, supusieron un buen punto de referencia para abordar la comprensión del estado actual de la cuestión. Deficiencias como la alusión a un inexistente “tipo constitucional vital” o “tipo vital”, según los casos; la confusión, en términos médicos, entre determinación y selección de sexo; la limitada referencia a la inseminación artificial como única técnica de reproducción asistida, confundiendo la parte con el todo; o el grave olvido de estas técnicas en que incurría el legislador de 1992, a efectos de aborto permitido (PERIS 135-139), ejemplos que fueron claros y justifican el hecho de que el texto del anteproyecto de 1992 sea tomado como referencia legislativa¹⁵³.

2.5.4. EL PROYECTO DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1994.

Por cuanto hace al proyecto de código penal de 1994 el maestro PERIS RIERA, nos señala:

“...En este orden de ideas y tratando de seguir un orden cronológico, cabe decir que, el pre-legislador español se puso de manifiesto por vez primera en sus intentos criminalizadores sobre esta materia por la legislación especial, abordando en las Disposiciones Finales del proyecto de código penal de 1994, la modificación de las leyes 35 y 42 de 1988 con el fin de introducir preceptos penales en las mismas.

En líneas generales, el primer gran cambio que se acometió con dicha propuesta por parte del pre-legislador es que replantea y reintroduce una vez más la dimensión del debate Código Penal—Ley especial a la hora de abordar la criminalización de conductas que se mueven en los ámbitos muy especializados o que se ocupan de la tutela de los intereses colectivos, o ambas cosas a un mismo tiempo.

¹⁵³ PERIS RIERA, JAIME MIGUEL, Óp. Cit., p. 135-139.

Así pues el pre-legislador español se decantó por primera vez en sus intentos criminalizadores sobre esta materia por la legislación especial, abordando en las disposiciones finales del proyecto de modificación de las leyes 35 y 42 de 1988 con el fin de introducir preceptos penales en las mismas.

La disposición final segunda acomete la modificación del capítulo IV de la ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, introduciendo en ella un nuevo artículo, que recoge las figuras de manipulación genética en sentido estricto.

La disposición final tercera se ocupa de las transformaciones a introducir en el capítulo VI de la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre reproducción asistida humana, y que consisten esencialmente en la configuración de los tipos penales hasta ese momento no previstos (“Producción mediante ingeniería genética de armas biológicas o exterminadoras”, “fecundación de óvulos con fines ajenos a la procreación humana”, “clonación”, Manipulaciones genéticas con fines de selección de raza”) así como una figura casi tradicional en la materia: “ la reproducción asistida sin consentimiento de la mujer” a la que se incorporaron notables mejoras técnicas.

Tuvo también una modificación sustancial en la tipificación de ciertas conductas manipuladoras contempladas tradicionalmente en las iniciativas legislativas, la introducción de nuevas actuaciones posibles en las modernas tecnologías, y, por último, la supresión de cualquier intento de criminalización específico respecto de otras, como la selección no consentida de sexo o la manipulación ilegal de material orgánico humano (que pueden llegar a ser comportamientos delictivos pero en el ámbito de otras figuras), lo anterior en una línea argumental más respetuosa con el principio de intervención mínima.

En orden a la penalidad se siguen las pautas del proyecto de 1992 para la figuras homologas, no siendo posible utilizar parámetros de referencia respecto de los nuevos tipos introducidos. Contaba con un título dedicado a las lesiones del feto. Estos en virtud de que algunas de las conductas propias de las “genotecnologías” repercutirán con mucha frecuencia sobre

la integridad física o psíquica del feto, o sobre su normal desarrollo, pero solo serán un medio comisivo mas a proyectar sobre la tutela de la integridad y la salud de aquel, sin que se haga necesaria una previsión legislativa al respecto, bastando con la criminalización general de las lesiones al feto”¹⁵⁴.

2.5.5. EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1995.

Continuando con la evolución histórica de la legislación española, tenemos los señalamientos que respecto del código penal español de 1995 hace el maestro SAMBRIZZI:

“En el año de 1995 entra en vigor el nuevo Código Penal, con base en el proyecto del año 1994, en dicho código son derogadas las disposiciones establecidas por la ley 35 de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida referentes a crear seres humanos idénticos, por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de raza, así como también la creación de seres humanos por clonación en cualquiera de sus variantes o cualquier otro procedimiento capaz de originar varios seres humanos idénticos...Dichas disposiciones fueron derogadas por la disposición final tercera del referido Código Penal, dentro del título que trata sobre los delitos relativos a la manipulación genética...”¹⁵⁵.

Actualmente el Código Penal Español, encontramos en su Libro II, Delitos y sus penas, su Título V, de los delitos relativos a la Manipulación Genética, en sus artículos del 159 al 162.

“...Se establece en su artículo 159 que serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo.

Así mismo establece que si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses e

¹⁵⁴PERIS RIERA, JAIME MIGUEL, Óp. Cit., p. 170-173.

¹⁵⁵SAMBRIZZI EDUARDO A., Óp. Cit., p. 214.

inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años.

En su artículo siguiente se señala que, La utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, será castigada con la pena de prisión de tres a siete años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de siete a 10 años.

Señalando acto seguido que serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a 10 años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana. Haciendo énfasis en que, se castigara con la misma pena la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.

Así mismo su artículo 161 se castiga con pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años a quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento. Indicando que para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Y en el caso de que aquélla sea menor de edad, incapaz, o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

Finalmente Establece en su artículo 162 que, en los delitos contemplados en este título, la autoridad judicial podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de dicho código cuando el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.¹⁵⁶

¹⁵⁶http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/I14-2006.html#c8

2.5.6. LA LEY 45/2003, DE 21 DE NOVIEMBRE.

“...La Ley 45/2003 de 21 de noviembre por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de Noviembre, sólo dio una respuesta parcial a tales exigencias. En efecto, dicha ley autorizó la utilización, con fines de investigación, de los preembriones que se encontraban crioconservados con anterioridad a su entrada en vigor -noviembre de 2003-, aunque bajo condiciones muy restrictivas. Pero a la vez que abría esta posibilidad, establecía la limitación de producir un máximo de tres ovocitos en cada ciclo reproductivo, lo que dificultaba la práctica ordinaria de las técnicas de reproducción asistida, al impedir poner los medios para lograr el mayor éxito con el menor riesgo posible para la salud de la mujer, que era el principal objetivo de la Ley modificada.

Precisamente por ello, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida se mostró particularmente crítica con este aspecto de la reforma.

Por otra parte, la Ley 45/2003, dispensaba distinto tratamiento a los preembriones crioconservados o congelados según cual fuera la fecha de su generación. Los anteriores a noviembre de 2003, fecha de la entrada en vigor, podían ser dedicados, además de a otros fines, a la investigación, posibilidad que estaba vedada a los generados con posterioridad, que podrían destinarse únicamente a fines reproductivos de la pareja generadora o a la donación a otras mujeres.

La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida insistió desde la promulgación de la citada ley en la necesidad de acometer con prontitud la reforma de la legislación vigente, con el fin de corregir las deficiencias advertidas y de acomodarla a la realidad actual. Para ello, en sus últimas reuniones ha ido definiendo las líneas directrices que debería seguir la nueva regulación y que esta Ley incorpora.

Esta Ley se enmarca precisamente en esa línea e introduce importantes novedades. En primer lugar, define claramente, con efectos exclusivamente circunscritos a su ámbito propio de aplicación, el concepto de preembrión, entendiéndolo por tal al embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde. Además, en línea con lo que

dispone la Constitución Europea, prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos.

Las técnicas de reproducción asistida que pueden practicarse también son objeto de nueva regulación. Debido a que la Ley 35/1988, siguió el método de enumerar, mediante una lista cerrada, cuantas posibilidades técnicas eran conocidas en aquel momento, y fijaba en relación con ellas los límites legales de actuación, las nuevas técnicas surgidas por los avances científicos carecen de una consideración expresa en la norma, y suscitan el debate sobre la existencia de un vacío jurídico o, por el contrario, la aplicación extensiva de la Ley en vigor sobre la base de una interpretación lo más amplia posible. La nueva Ley sigue un criterio mucho más abierto al enumerar las técnicas que, según el estado de la ciencia y la práctica clínica, pueden realizarse hoy día. Sin embargo, evita la petrificación normativa, y habilita a la autoridad sanitaria correspondiente para autorizar, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, la práctica provisional y tutelada como técnica experimental de una nueva técnica; una vez constatada su evidencia científica y clínica, el Gobierno, mediante real decreto, puede actualizar la lista de técnicas autorizadas.”¹⁵⁷

2.5.7. LA LEY 14/2006, SOBRE TECNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

Respecto a esta ley la página web española **noticias.juridicas.com**, señala que, “...La Ley (14/2006, DE 26 DE MAYO) es respetuosa con la realidad autonómica actual del Estado español, en el que la autorización de proyectos concretos corresponde de manera indudable a las comunidades autónomas, a las que se dota del necesario apoyo técnico, mediante el reforzamiento del papel asesor de una única comisión, de la que forman parte representantes de las propias comunidades autónomas.

Precisamente por ello, la Ley refuerza el papel asesor de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que debe emitir informes preceptivos acerca de cuantos proyectos nuevos, sea para el

¹⁵⁷http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/I14-2006.html#c8

desarrollo de nuevas técnicas, sea como investigación de carácter básico o aplicado, se puedan promover, pero, al mismo tiempo, mantiene la capacidad decisoria de las autoridades sanitarias correspondientes.

Por otro lado, la realidad de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en nuestro país no puede ser ajena a la consideración de que dichas técnicas se han desarrollado de manera extensiva en especial en el ámbito privado. De esa realidad se deriva que la intervención de los poderes públicos en este campo debe ir dirigida también a compensar la asimetría de información que existe entre quienes acuden a demandar la aplicación de estas técnicas y quienes las aplican, de manera que se garantice en lo posible el equilibrio de intereses entre unos y otros.

Esta Ley deroga la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida y la Ley 45/2003 de 21 de noviembre.¹⁵⁸

En este sentido cabe mencionar que la Ley incluye el correspondiente régimen de infracciones y sanciones, en el que se definen las conductas prohibidas y se les asignan las correspondientes sanciones, las cuales se transcriben a continuación:

CAPITULO VIII. INFRACCIONES Y SANCIONES.

Artículo 24.- Normas generales.1. La potestad sancionadora regulada en esta Ley se ejercerá, en lo no previsto en ella, de conformidad con lo dispuesto en la Ley30/1992, de 26 de noviembre, régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, y en la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad.

2. Las infracciones en materia de reproducción humana asistida serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir.

¹⁵⁸http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/I14-2006.html#c8

3. Cuando, a juicio de la Administración, la infracción pudiera ser constitutiva de delito o falta, el órgano administrativo dará traslado al Ministerio Fiscal y se abstendrá de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa.

De no haberse estimado la existencia de delito, la Administración continuará el expediente sancionador tomando como base los hechos que los tribunales hayan considerado probados.

Las medidas administrativas que hubieran sido adoptadas para salvaguardar el derecho a la protección de la salud y la seguridad de las personas se mantendrán en tanto la autoridad judicial se pronuncia sobre ellas. En ningún caso se impondrá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses protegidos, si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes.

4. En los procedimientos sancionadores por infracciones graves o muy graves se podrán adoptar, con arreglo a la de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sus normas de desarrollo, las medidas de carácter provisional previstas en dichas normas que se estimen necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que definitivamente se dicte, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales.

En la adopción y cumplimiento de tales medidas se respetarán, en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar y a la protección de los datos personales, cuando éstos pudieran resultar afectados. En los casos de urgencia y para la inmediata protección de los intereses implicados, las medidas provisionales previstas en este apartado podrán ser acordadas antes de la iniciación del expediente sancionador. Las medidas deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los 15 días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda. En todo caso, dichas medidas

quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento sancionador en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de aquéllas. El órgano administrativo competente para resolver el procedimiento sancionador podrá imponer multas coercitivas por importe que no exceda de 1.000 euros por cada día que transcurra sin cumplir las medidas provisionales que hubieran sido acordadas.

5. Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años; las graves, a los dos años, y las leves, a los seis meses. Las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años; las impuestas por faltas graves, a los dos años, y las impuestas por faltas leves, al año.

Artículo 25.- Responsables. De las diferentes infracciones será responsable su autor.

Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que se comentan y de las sanciones que se impongan.

De conformidad con lo previsto en el artículo 130.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, los directores de los centros o servicios responderán solidariamente de las infracciones cometidas por los equipos biomédicos dependientes de aquéllos.

Artículo 26.- Infracciones.

1. Las infracciones en materia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida se califican como leves, graves o muy graves.

2. Además de las previstas en la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad y de las tipificadas en la legislación de las comunidades autónomas, se consideran como infracciones leves, graves y muy graves las siguientes:

- a) Es infracción leve el incumplimiento de cualquier obligación o la transgresión de cualquier prohibición establecida en esta Ley, siempre que no se encuentre expresamente tipificada como infracción grave o muy grave.

b) Son infracciones graves:

1. La vulneración por los equipos de trabajo de sus obligaciones legales en el tratamiento a los usuarios de estas técnicas.
2. La omisión de la información o los estudios previos necesarios para evitar lesionar los intereses de donantes o usuarios o la transmisión de enfermedades congénitas o hereditarias.
3. La omisión de datos, consentimientos y referencias exigidas por esta Ley, así como la falta de realización de la historia clínica en cada caso.
4. La ausencia de suministro a la autoridad sanitaria correspondiente para el funcionamiento de los registros previstos en esta Ley de los datos pertenecientes a un centro determinado durante un período anual.
5. La ruptura de las condiciones de confidencialidad de los datos de los donantes establecidas en esta Ley.
6. La retribución económica de la donación de gametos y preembriones o su compensación económica en contra de lo previsto en los artículos 5.3 y 11.6.
7. La publicidad o promoción que incentive la donación de células y tejidos humanos por parte de centros autorizados mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos en contra de lo previsto en el artículo 5.3..
8. La generación de un número de hijos por donante superior al legalmente establecido que resulte de la falta de diligencia del centro o servicio correspondiente en la comprobación de los datos facilitados por los donantes y, en el caso de éstos, el suministro de datos falsos en la identidad o la referencia a otras donaciones previas.
9. La generación de un número de preembriones en cada ciclo reproductivo que supere el necesario, conforme a los criterios clínicos para garantizar en límites razonables el éxito reproductivo en cada caso.
10. En el caso de la fecundación in vitro y técnicas afines, la transferencia de más de tres preembriones a cada mujer en cada ciclo reproductivo.
11. La realización continuada de prácticas de estimulación ovárica que puedan resultar lesivas para la salud de las mujeres donantes sanas.

12. El incumplimiento de las normas y garantías establecidas para el traslado, importación o exportación de preembriones y gametos entre países.

c) Son infracciones muy graves:

1. Permitir el desarrollo in vitro de los preembriones más allá del límite de 14 días siguientes a la fecundación del ovocito, descontando de ese tiempo el que pudieran haber estado crioconservados.

2. La práctica de cualquier técnica no incluida en el anexo ni autorizada como técnica experimental en los términos previstos en el artículo 2..

3. La realización o práctica de técnicas de reproducción asistida en centros que no cuenten con la debida autorización.

4. La investigación con preembriones humanos con incumplimiento de los límites, condiciones y procedimientos de autorización establecidos en esta Ley.

5. La creación de preembriones con material biológico masculino de individuos diferentes para su transferencia a la mujer receptora.

6. La transferencia a la mujer receptora en un mismo acto de preembriones originados con ovocitos de distintas mujeres.

7. La producción de híbridos interespecíficos que utilicen material genético humano, salvo en los casos de los ensayos actualmente permitidos.

8. La transferencia a la mujer receptora de gametos o preembriones sin las garantías biológicas de viabilidad exigibles.

9. La práctica de técnicas de transferencia nuclear con fines reproductivos.

10. La selección del sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados.

Artículo 27.- Sanciones.1. Las infracciones leves serán sancionadas con multa de hasta 1.000 euros; las graves, con multa desde 1.001 euros hasta 10.000 euros, y las muy graves, desde 10.001 euros hasta un millón de euros.

En el caso de las infracciones muy graves tipificadas en el artículo 26.c.2 y 3, además de la multa pecuniaria, se podrá acordar la clausura o cierre de los centros o servicios en los que se practiquen las técnicas de reproducción humana asistida.

En el caso de la infracción grave tipificada en el artículo 26.b.5, además de la multa pecuniaria, se podrá acordar en la resolución que imponga la sanción la revocación de la autorización concedida al centro o servicio de reproducción asistida.

2. La cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta los riesgos para la salud de la madre o de los preembriones generados, la cuantía del eventual beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de la alteración sanitaria o social producida, la generalización de la infracción y la reincidencia.

3. En todo caso, cuando la cuantía de la multa resulte inferior al beneficio obtenido por la comisión de la infracción, la sanción será aumentada hasta el doble del importe en que se haya beneficiado el infractor.

4. Si un mismo hecho u omisión fuera constitutivo de dos o más infracciones, tipificadas en esta u otras Leyes, se tomará en consideración únicamente aquélla que comporte la mayor sanción.

5. Las cuantías de las multas serán revisadas y actualizadas periódicamente por el Gobierno mediante real decreto.

Artículo 28.- Competencia sancionadora. Los órganos competentes de las comunidades autónomas y ciudades con Estatuto de Autonomía, en su caso, ejercerán las funciones de control e inspección, de oficio o a instancia de parte, así como la instrucción y resolución de expedientes sancionadores.¹⁵⁹

¹⁵⁹http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/I14-2006.html#c8

2.6.-ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA: LA DICOTOMIA FEDERAL-LOCAL.

En el caso específico de los Estados Unidos ni en el territorio de la unión, ni en el de los estados que la componen se mantiene un criterio uniforme. Desde 1975 a nivel federal, las regulaciones sobre medicina reproductiva y experimentación en embriones humanos se han relacionado principalmente con la fecundación “in vitro” y se han aplicado a la investigación más que a la práctica médica.

Al efecto y como hemos venido haciendo en algunos puntos de este capítulo, a continuación transcribiremos la reseña con que la maestra ALBERRUCHE DIAZ sintetiza parte de la evolución y situación de la legislación de los Estados Unidos De Norteamérica:

“A nivel federal el estado de la cuestión es la siguiente:

La primera referencia a cierta regulación federal en el ámbito de la experimentación relacionada con la fecundación in vitro tuvo lugar en 1975. En dicho año el Departamento de Salud y Servicios humanos publicó las regulaciones finales para la protección de los seres humanos sometidos a experimentación.

En 1980 se creó una nueva Comisión Federal: la Comisión para El Estado de los problemas éticos en Medicina e Investigación Biomédica y Conductual, la cual se pronunció sobre la terapia génica, aceptándola sobre las células somáticas y rechazándolas sobre las germinales, por sus posibles consecuencias sobre la descendencia.

A nivel estatal ya desde 1973, numerosos estados habían aprobado leyes restringiendo o prohibiendo la investigación científica sobre fetos humanos. Veinticinco estados adoptaron estatutos que se aplican explícitamente a la experimentación con fetos. Varían desde medidas muy restrictivas, prohibiendo cualquier tipo de experimentación, hasta otras con mínimas restricciones, en las que se permite cualquier experimentación con el feto.

Por ejemplo en el estado de Louisiana está prohibida la creación de embriones mediante fecundación in vitro para la investigación o su venta.

Esta ley, fue promulgada en 1986, garantiza expresamente el estatuto de “persona jurídica” al embrión humano desde la fecundación.

En cuanto a la donación de embriones, algunos de los estatutos sobre experimentación embrionaria incluyen provisiones que prohíben la donación de embriones destinados a la investigación o experimentación. En siete de estos estados se prohíbe a la mujer que concibe un embrión donarlo a otra mujer. A su vez la legislación de Florida prohíbe expresamente la venta de embriones.

En lo que se refiere a la inseminación artificial, los estatutos de dieciséis estados requieren que el médico que practique la inseminación informe al departamento de Salud o a la autoridad competente, del intento de inseminación y del nacimiento de cada niño. En Georgia, la práctica de la inseminación artificial con donante sin licencia médica se pena con un periodo de hasta cinco años de prisión.

En la mitad de los estados donde se contempla la inseminación artificial con donante se establece la legitimidad del niño así concebido, de modo que los padres legales son la receptora del semen y el marido que consintió la inseminación artificial.

En cuanto a la maternidad subrogada, la regulación al respecto es muy diversa en Estados Unidos. Fue a raíz de la conocida Sentencia del caso Baby—M, de 7 de abril de 1987 del Tribunal Supremo de New Jersey cuando se encendió la chispa en Estados Unidos sobre este tema. Este caso sirvió para poner de relieve todos los problemas éticos y jurídicos que plantea la comercialización de la maternidad subrogada, así como los problemas que se pueden plantear aunque no medie contraprestación. Pero pese a ello la sociedad Norteamericana es muy permisiva al respecto permitiéndose en la mayor parte de los Estados la maternidad subrogada, a diferencia de otras regulaciones internacionales.

En Estados Unidos son muy numerosas las agencias de maternidad de sustitución (los llamados “baby—brokers”) algunos estados tienen proposiciones de ley para reconocer esta práctica: las proposiciones de ley de Columbia, Florida, Nueva York y Wisconsin, solo admitirían la

maternidad subrogada sin contraprestación económica. Las proposiciones de ley de otros Estados la admitirían tanto con contraprestación como sin ella: California, Illinois, Maryland, Massachussets, Minnesota, Missouri, Oregón, Pennsylvania y Carolina del sur. En la mayoría de ellos se muestran a favor de la maternidad subrogada incluso con contraprestación económica. El Estado de Michigan, por el contrario, promulgo una ley prohibiendo la maternidad subrogada con contraprestación económica.

En 1990, el Estado de New Hampshire, se promulgo un estatuto aprobando los contratos de subrogación no comerciales en parejas casadas. Al menos la mitad del material genético pertenecerá a uno de los progenitores, y los miembros de la pareja que solicito la subrogación serán los padres legales. Al margen de todos estos aspectos generales sobre la legislación en materia de reproducción asistida en Estados Unidos, en lo relativo a manipulación genética, clonación y otras actividades no hay ninguna legislación al respecto.

Fue a raíz de los avances que se produjeron en esos años que el entonces presidente Clinton se vio obligado a prohibir la concesión de fondos públicos para experimentos de clonación humana durante al menos cinco años, pretendiendo quizá en ese periodo redactar una ley que prohibiera definitivamente dichas actividades, ha reiterado también su llamamiento al Congreso para que se declare ilegal cualquier investigación pública o privada al respecto, tratando de evitar con todo ello que científicos como Richard Seed puedan llevar a cabo los experimentos sobre clonación humana que se proponen ateniéndose a la máxima “ lo no prohibido está permitido”¹⁶⁰.

Para finalizar este capítulo cabe señalar que, como hemos podido apreciar, la aplicación de ciertas practicas de técnicas de reproducción asistida y de manipulación genética motivaron su regulación por el Derecho, ello en atención a que dichas conductas se relacionan con bienes jurídicos, tales como la integridad e inalterabilidad de la composición genética humana, la libertad de los individuos a decidir libremente sobre su cuerpo y sus células, son los de ser un conjunto de elementos cuya preservación y conservación son necesarias e

¹⁶⁰ ALBERRUCHE DIAZ-FLORES, MERCEDES, Óp. Cit., p. 110-112.

imprescindibles para el mantenimiento de las condiciones mínimas de cualquier sociedad y para la permanencia optima de la vida sobre el planeta.

Como veremos en el capítulo IV, nuestras legislaciones, retoman el ejemplo Español, entendemos por ser el modelo jurídico que por idiosincrasia, mas se asemeja al nuestra tradición jurídica. No obstante lo anterior, no debemos olvidar la influencia que en ultimas décadas ha tenido en nuestra doctrina los diversos doctrinarios alemanes, tales como, Hassemer, Amelung o Roxin, como podremos apreciar en el siguiente capítulo.

CAPITULO 3.

MARCO TEORICO DE LOS BIENES JURÍDICOS RELACIONADOS CON LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA MANIPULACIÓN GENETICA.

3.1.- CONSIDERACIONES A CERCA DEL BIEN JURÍDICO.

Iniciaremos este punto con el señalamiento que hace el maestro DÍAZ ARANDA, respecto al bien jurídico manifestando que, "...La frase "bien jurídico fundamental" o "bien jurídico tutelado" no se encuentra prevista expresamente en nuestras leyes, pues su concepción como fundamento del Derecho penal se deriva de una interpretación histórica y sistemática de nuestras leyes. Desde que Rousseau dio a conocer su teoría del pacto social se acepta que todo poder público dimana del pueblo y debe instituirse en beneficio de este, de ahí que los actos realizados por los poderes de la Unión solamente están legitimados en la medida en que se dirigen hacia el beneficio del pueblo..."¹⁶¹

Por otra parte hay doctrinarios como el maestro OSORIO Y NIETO los cuales señalan que, "...El bien jurídico en el Derecho Penal Mexicano no es una mera elaboración teórica o disertación doctrinaria, por el contrario la institución del bien jurídico tiene como base la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así encontramos que el artículo 14 de la mencionada Constitución ordena que: Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos...Por otra parte el artículo 16 del mismo ordenamiento máximo establece en forma categórica lo siguiente: Nadie puede ser molestado en su persona, familia domicilio, papeles o posesiones...Claramente se observa que la citada Constitución mediante la norma de mayor jerarquía, la norma constitucional, protege determinados valores o intereses que considera fundamentales para el ser humano, los eleva al rango de garantías individuales

¹⁶¹ **DÍAZ ARANDA, ENRIQUE.**, *Interpretación de la Legislación Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho Mexicano. Orientaciones de la política criminal legislativa*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2005, p. 184.

y mediante ordenamiento secundario, el Código Penal, protege en concreto tales bienes...”¹⁶².

A primera vista las posturas, arriba mencionadas, podrían parecerse contrarias o irreconciliables, sin embargo consideramos que las mismas son complementarias ya que ambas a través de premisas diferentes coinciden en el hecho de que el bien jurídico es una figura o institución de relevancia tal que como veremos más adelante se le ha asignado la denominación de Principio del Derecho.

En este sentido cabe señalar que, “...lo decisivo es resolver una cuestión previa: como debe intervenir el Derecho, con qué efectos y sobre qué aspectos...siendo recomendable previamente un análisis que oriente la identificación de los bienes jurídicos que pueden verse afectados; a su vez ese examen deberá indicar con posterioridad los límites de la materia necesitada de regulación y, por último, la determinación de lo que debe prohibirse y sancionarse, con que intensidad y mediante que instrumentos jurídicos...”¹⁶³, postura esta última la cual cómo podemos apreciar nuevamente pone de manifiesto la relevancia del bien jurídico.

3.2. EVOLUCION DEL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO.

Creemos que poco se gana con decir que el Derecho penal protege bienes jurídicos, sin antes por lo menos saber que es y establecer cuál es la importancia que este concepto tiene dentro de la ciencia del derecho penal, sin embargo para estar en posibilidad de conocer las respuestas a dichas interrogantes, hay que analizar la evolución que este concepto ha tenido, en las diferentes épocas, ya que el concepto tal y como lo conocemos hoy en día no siempre fue el mismo.

De manera que en este punto, realizaremos una breve reseña de su evolución y las teorías que han surgido alrededor del mismo, empezando por el

¹⁶² OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO, Delitos Federales, Editorial Porrúa, México 2008, p. 13.

¹⁶³ ROMEO CASABONA, C. M., Limites penales de la Manipulación Genética, p. 3, en PERIS RIERA, JAIME MIGUEL, La Regulación Penal de la Manipulación Genética en España, Editorial Civitas S. A., Madrid, 1999, p. 55.

periodo de la ilustración hasta las modernas teorías, sin embargo nuestro fin no será hacer una exposición de todas las posturas que en relación con el bien jurídico existen, cuestión que puede encontrarse en múltiples tratados en la materia, en este orden de ideas lo que haremos será hacer exposición de aquellas teorías que por su importancia y trascendencia, comportaron una evolución del concepto de bien jurídico y de la ciencia del Derecho Penal.

En esta tesitura cabe señalar que fue Birnbaun en pleno siglo XIX el primero en darle consistencia y nombre a este concepto básico del Derecho penal. Pero en realidad nos tenemos que remontar hasta la época de la ilustración para hallar sus orígenes.

3.2.1. LA ILUSTRACIÓN.

Este planteamiento ideológico coloco, por encima del sumo poder de dios, el pacto social creado por los hombres en un ente llamado Estado, reemplazando así el daño al orden divino por el daño al orden social.

Las ideas de la ilustración fueron principalmente orientadas por Locke, Hume y Rousseau entre otros, sentando las bases para que en la sociedad burguesa organizada por el Estado se diera un cambio en el Derecho penal. La teoría del contrato social nos dice el maestro GONZALES-SALAS "...tuvo una doble función; a) Por un lado el reconocimiento de un determinado objeto de protección, consistente en la seguridad de los individuos; pero al mismo tiempo de estos se exigía el deber de respetar el círculo de vida. Es así como se crean las condiciones fácticas de la organización social; b) La segunda función del Estado era de tipo normativo, consistente en permitir una declaración sobre el fin del estado: los hombres renuncian a su estado natural para poder vivir juntos en paz...".¹⁶⁴.

Se creó así una teoría la de la lesión de los derechos subjetivos, "...la cual se caracterizó entonces esencialmente por la función de intervención estatal; el Estado no tenía derecho alguno a castigar con la pena si el hecho no

¹⁶⁴ GONZALEZ-SALAS CAMPOS, RAUL, La Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal, Pereznieta Editores, México, 1995, p. 3.

tenía características esenciales de dañosidad social...”¹⁶⁵, como señala el maestro SINA; “...los hombres ante la inseguridad que supone vivir aislados, deciden organizarse en la sociedad y confiar al Estado la conservación del nuevo orden creado... El Estado se erige entonces como garante de las condiciones de vida en común...”¹⁶⁶.

En este sentido nos señala el maestro RECASÉNS que, para Rousseau, “...la voluntad general, o sea la fórmula de justicia para el Estado, y consiguientemente para las leyes de este, es, pues, la expresión de los principios racionales y, por tanto, generales, para la convivencia humana, y denota el bien o interés común, es decir, lo que es general para todos, lo que no responde a motivos singulares o de exclusivo egoísmo individual(...) sin embargo cabe apuntar que en estimativa aquel principio de generalidad puede tener su justificación en tanto que significa negar protección a lo puramente egoísta en detrimento de los demás, negar protección a lo caprichoso sin fundamento, lo pasional absurdo”¹⁶⁷.

De manera que, “...la razón solo podría justificar la pena, en la medida que determinada conducta es lesiva a los derechos de otro o bien ponga en peligro al Estado garante de las condiciones de vida en común...Donde no hay una lesión a un “derecho subjetivo” sea de un particular o del Estado, no puede haber delito...”¹⁶⁸.

3.2.2. TEORÍA DE LA LESIÓN DE UN DERECHO SUBJETIVO DE FEUERBACH.

Así las cosas la evolución del derecho penal de la ilustración se expresó posteriormente en la teoría de la lesión de un derecho subjetivo de Feuerbach. “Feuerbach basa su teoría en lo que él llama, principio de la lesión de un

¹⁶⁵ GONZALEZ-SALAS CAMPOS, RAUL, Óp. Cit. p.3

¹⁶⁶ SINA P., Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs Rechtsgut, p. 9, en HORMAZABAL MALAREE HERNAN, Bien Jurídico y estado social y Democrático de Derecho, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1992, p. 13.

¹⁶⁷ RECASÉNS SICHES, LUIS., ANTOLOGÍA 1922-1974, Fondo de Cultura Económica, México 1976, p.

202.

¹⁶⁸ *ibidem*, p. 14.

derecho y el mantenimiento de las condiciones de vida en común, fundamenta su principio en la legitimación de la potestad punitiva del Estado,...se basa en la teoría del fin del Estado de Kant...Realiza su propia derivación del principio básico kantiano en el cual: el ejercicio de la libertad de un ser racional no puede contradecir la libertad de ningún otro ser racional...”¹⁶⁹, de acuerdo con lo cual “...es un deber erigir el Estado con el fin de realizar la libertad jurídica...”¹⁷⁰.

Dentro de su teoría destaca su famosa expresión, “*Nullum crimen, nulla pena, sine praevia lege*”, misma que surge de la hipótesis en la cual, “...de acuerdo con el fin del Estado, este no podía intervenir penalmente sino cuando existiera un delito que lesionara algún derecho de los ciudadanos...Según lo cual solamente era permitido sancionar aquellas acciones que previamente estuviesen amenazadas con pena...”¹⁷¹.

Feuerbach puso de manifiesto que, “...cada pena jurídica es la consecuencia jurídica por la necesidad de conservar los derechos fundados, la que se aplica cuando se lesionan los derechos amenazados en las leyes...”¹⁷². Como señala el maestro GONZALES-SALAS, “...Los objetivos de los delitos debían ser únicamente derechos subjetivos, de tal manera que si no se lesionaba ningún derecho subjetivo entonces no se daba delito alguno...Con esta idea se pretendía, por un lado proteger a los individuos en contra de las arbitrariedades del Estado y por otro, acabar con la oscuridad en la delimitación de la responsabilidad jurídico-penal de aquella época”¹⁷³.

Como acertadamente señala el maestro ENGISCH, “...la protección de un derecho subjetivo significa el reconocimiento por el orden legal de una

¹⁶⁹ AMELUNG K., *Zurdefinition des BegriffsRechtsgut*, p. 34, en HORMAZABAL MALAREE HERNAN, Óp. Cit., p. 14

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 15

¹⁷¹ AMELUNG K., *RechtsgutesschutzundSchutz der Gesellschaft*, p. 25, en GONZALEZ-SALAS CAMPOS, RAUL, Óp. Cit. p.5.

¹⁷² FEUERBACH P., *Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland*, en GONZALEZ-SALAS CAMPOS, RAUL, Op. Cit. p. 5.

¹⁷³ GONZALEZ-SALAS CAMPOS, RAUL, Óp. Cit. p. 6.

esfera de poder a un individuo, autorizándolo para que dentro de ella pueda defender sus intereses personales...”¹⁷⁴.

Cabe señalar que la teoría de la lesión de un derecho subjetivo de Feuerbach, si bien fue innovadora en su tiempo, no por ello fue perfecta, habiendo quienes señalan como principal defecto de la misma el hecho de que “...existían acciones que en si no lesionaban derecho subjetivo alguno, pero sin embargo, eran igualmente sancionables; ejemplo de ello fueron los delitos contra la honestidad; aunque la gran discusión que se dio a principios del siglo XIX giro en torno a los delitos de policía...”¹⁷⁵.

De acuerdo con lo anterior, “...hay crímenes en sentido estricto que lesionan los derechos originarios del ciudadano o del Estado como individuo; por otra parte, existen delitos denominados de policía mismos que son contravenciones que ya no son originariamente ni por si mismos antijurídicos, sino que lesionan solo el derecho del Estado a exigir obediencia a una ley determinada de policía en concreto...”¹⁷⁶.

Cabe señalar que la disensión se centra en el hecho consistente en que, “...no se encuentra la diferencia material entre ambos injustos, pues el contenido material portador del injusto radica en los crímenes y en los delitos de policía por igual, en la incompatibilidad del acto con la seguridad y el bienestar de la colectividad y de los individuos como el fin del Estado; por otra parte la definición de los crímenes como acciones por las que se perturba la tranquilidad y el orden a la seguridad doméstica de los súbditos, puede aplicarse también a los delitos de policía...”¹⁷⁷.

3.2.3. TEORÍA DE LA LESIÓN DE BIENES DE BIRNBAUM.

“En el año 1834; J.M.F. Birnbaum publico en Alemania un artículo en la revista “archiv des criminalrechts”, su obra en la que planteaba una tesis de

¹⁷⁴ **ENGISCH GREGORI J.**, Algunas consideraciones sobre Derecho Penal y Constitución, en HORMAZABAL MALAREE HERNAN, Óp. Cit. p. 16.

¹⁷⁵ **GONZALEZ-SALAS CAMPOS, RAUL**, Óp. Cit. P. 6.

¹⁷⁶ **Ibidem**, Óp. Cit. P. 120.

¹⁷⁷ **SUÁREZ CARL, G.**, en GONZALEZ-SALAS CAMPOS, RAUL, Óp. Cit. p. 121.

claro contenido liberal y, por lo tanto, restrictiva del *ius Puniendi* del Estado de la restauración, conforme a la cual la conducta delictiva no lesiona derechos subjetivos, sino que lesiona “bienes...”¹⁷⁸ Birnbaum baso su planteamiento fundamentalmente en el principio que comporta el descubrir “...que es lo que en verdad se lesiona con una acción delictiva, de acuerdo con la idea de la naturaleza de las cosas...”¹⁷⁹.

Respecto al delito, señala que “...este viene en una ley acompañado de una pena que amenaza una acción, y al final es donde se encuentra el hecho, es decir, al final del delito se desprende lo que en la sociedad burguesa se sanciona...”¹⁸⁰, se cuestionó posteriormente, que es lo que en verdad “la acción lesiva” lesiona, contestando que “...las acciones delictivas no lesionan derechos sino bienes; de manera que el objeto del delito para Birnbaum, de acuerdo con el natural uso del idioma, corresponde no a la lesión de un derecho, sino al de un bien...”¹⁸¹. Como señala el propio Birbaum, “...Supongamos que perdemos algo o que somos despojados de una cosa que para nosotros es un bien al cual tenemos jurídicamente derecho, este será el objeto de nuestro derecho y si nos es sustraído o se ve disminuido, nuestro derecho no se verá disminuido ni sustraído”¹⁸².

En este sentido, pareciera que el concepto de bien contiene solo personas o cosas que pueden ser objeto de una lesión, es decir objetos corporales, impresión que desmiente el examen de los ejemplos de Birnbaum cuando señala que, “...en el mismo sentido se habla en nuestras leyes más recientes de lesiones corporales, a la propiedad, al honor y por supuesto, también las conductas inmorales e irreligiosas...”¹⁸³.

En otro orden de ideas, Birnbaum afirma que, “...es necesaria la existencia del Estado,...para garantizar suficientemente los bienes de la

¹⁷⁸ **HORMAZABAL MALAREE HERNAN**, Óp. Cit. p. 26.

¹⁷⁹ **GONZALEZ-SALAS CAMPOS, RAUL**, Óp. Cit. P. 7.

¹⁸⁰ **Idem.**

¹⁸¹ **Idem.**

¹⁸² **BIRNBAUM J.**, *Ubre das Eforderm jseines Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens*, p. 166, en **HORMAZABAL MALAREE HERNAN**, Óp. Cit. p. 27.

¹⁸³ **Idem.**

sociedad, es decir aquellos que por naturaleza se les haya dado a los hombres y aquellos que sean resultado del desarrollo de la sociedad como unión burguesa...”¹⁸⁴. Habla de un estado de naturaleza del hombre, respecto al cual, “...evita pronunciarse si el hombre fuera del ámbito estatal, en el llamado estado de naturaleza tenía derechos o no...”¹⁸⁵.

Birnbaum colocó el “bien” en la esfera prejurídica de la razón o de la naturaleza de las cosas, “...desde allí lo traslada al concepto de delito, al que define como toda lesión o puesta en peligro de bienes atribuibles al querer humano, señalando que dichos bienes deben ser garantizados de forma equivalente a todos por el poder estatal, en tanto que una garantía general no puede ser conseguida de otra forma que no sea por la conminación de una determinada pena y por la ejecución de la amenaza legal a todo infractor...”¹⁸⁶

Birnbaum nos dice que, “...el bien aparece en relación con un concepto natural de lesión, que vinculamos bien con una persona o bien con una cosa que concebimos como de nuestra pertenencia o sobre algo que para nosotros es un bien y que nos puede ser disminuido o sustraído por la acción de otro...”¹⁸⁷. En otra oportunidad señala que, “...el bien es el objeto de nuestro derecho que jurídicamente nos corresponde...”¹⁸⁸. En otras palabras, “...el bien está establecido en relación con una persona que es titular de él, constituye una objetivación de lo que antes se encontraba en la esfera de lo espiritual, esto es, de los derechos subjetivos; de manera que el poder estatal entra a garantizar esta relación objetivada de las personas con los bienes de forma equitativa a todos de acuerdo a la naturaleza de las cosas o conforme a la razón de toda lesión o puesta en peligro...”¹⁸⁹.

Pudiendo decirse entonces que dentro de este contexto “...los bienes son objetos respecto de los cuales un sujeto estima que tiene un valor; luego determinar que un objeto es merecedor de protección penal y, por consiguiente

¹⁸⁴ GONZALEZ-SALAS CAMPOS, RAUL, Óp. Cit. P. 7.

¹⁸⁵ HORMAZABAL MALAREE HERNAN, Óp. Cit. p. 28.

¹⁸⁶ *Idem*.

¹⁸⁷ BIRNBAUM J., Op. Cit., p. 150, en HORMAZABAL MALAREE HERNAN, Óp. Cit. p. 30.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 31.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 30.

su elevación a la categoría de “bien“, depende del sujeto valorante e importa una decisión de carácter político...”¹⁹⁰.

“Birnbbaum concibió también el concepto de “bien” para agrupar a la religión y a la moral, al que definió de “bien común”,...En esta concepción del bien común situó a la sociedad como titular de dichos bienes jurídicos y permitió así, posteriormente, que aquellos ataques que no fuesen dirigidos directamente contra el Estado fuesen considerados como delitos de peligro común...”¹⁹¹.

Para finalizar cabría señalar que dentro del contexto socio-político de la Restauración, en que fue formulada la teoría del bien de Birnbbaum,”...el “bien” no es más que un objeto valorado y el sujeto valorante es el propio Estado... Circunstancias políticas en las que el “bien” aparece más como un instrumento restaurativo del Estado que le va a permitir incriminar toda conducta que pueda perturbar las nuevas condiciones sociales...”¹⁹²; de manera que bajo estas premisas,”...resulta difícil sostener que en su aplicación efectiva la teoría de Birnbbaum, hubiera constituido un límite político-criminal efectivo...”¹⁹³

3.2.4.LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO DE BINDING.

La tesis del “bien jurídico” como objeto de protección y como núcleo del injusto tendría que esperar hasta K. Binding, quien la habría de retomar, reformulando la idea de Birnbbaum.

Empezaremos analizando la teoría del delito de Binding, esta tiene para él como punto de partida el hecho de que, el delito es “...la culpable violación de una norma penal amenazada con pena...”¹⁹⁴, afirmando por otra parte que, “...el estado impone ordenes con base a su poder, y, por tanto el delito es: la

¹⁹⁰ AMELUNG K., Óp. Cit. p. 48, en HORMAZABAL MALAREE HERNAN, Óp. Cit. p. 31.

¹⁹¹ GONZALEZ-SALAS CAMPOS, RAUL, Óp. Cit. P. 9.

¹⁹² HORMAZABAL MALAREE HERNAN, Óp. Cit. p. 32.

¹⁹³ Idem.

¹⁹⁴ GONZALEZ-SALAS CAMPOS, RAUL, Óp. Cit. P. 18

contravención a las normas imperativas estatales...”¹⁹⁵, como podemos apreciar el delito es básicamente para Binding una contravención de la norma.

Ahora bien, cabe decir que Binding concibe el delito como una lesión de un derecho subjetivo del Estado, derecho subjetivo de mandar y exigir obediencia que de acuerdo a la teoría política le asiste al Estado, es decir, “...un derecho de mandar, sin mayor contenido, apto para exigir la obediencia y ejercer el imperio...El titular de este derecho subjetivo es el Estado”¹⁹⁶, “El titular del derecho de obediencia coincide regularmente con el creador de la norma, cuyo titular en este contexto lo es el Estado”¹⁹⁷.

Bajo este tenor, “...el objeto del delito era el derecho subjetivo del Estado, y este era el que quedaba formalmente lesionado, de esto deriva el aspecto material de la lesión del delito, consistente en la lesión del bien jurídico...”¹⁹⁸.

Al hablar del elemento material del delito, Binding dirige su atención hacia el fin de las normas, al señalar que, “...el legislador busca las condiciones concretas para una sana vida en común, fijando su vista con mucha más energía que en los derechos, en personas, objetos y estados...busca más en dichas condiciones la sustancia que la agresión perturbadora del derecho realza y atrae....Y con ello se ha encontrado el objeto de la inmediata necesidad de la pena; el cual se transforma en objeto de la norma y su lesión se acuñara como hecho punible...”¹⁹⁹. “Binding denomina a estos objetos “bienes jurídicos”, por su calidad de bienes para la vida jurídica”²⁰⁰.

Binding establece que, “...la determinación de que cosas, personas o estados constituyen las condiciones concretas para una sana vida en común, se realiza en un juicio de valor del legislador que les da la categoría de bienes

¹⁹⁵ GONZALEZ-SALAS CAMPOS, RAUL, Óp. Cit. P. 17.

¹⁹⁶ IBIDEM, Óp. Cit. P. 17.

¹⁹⁷ HORMAZABAL MALAREE HERNAN, Óp. Cit. p. 40.

¹⁹⁸ GONZALEZ-SALAS CAMPOS, RAUL, Óp. Cit. P. 18.

¹⁹⁹ BINDING K., *Die Normen und ihre Uebertretung*, p. 340, en HORMAZABAL MALAREE HERNAN, Óp. Cit. p. 41.

²⁰⁰ HORMAZABAL MALAREE HERNAN, Óp. Cit. p. 41.

jurídicos, sin otra limitación que su propia consideración y la de la lógica...”²⁰¹; es decir, “...el bien jurídico será todo lo que ante los ojos del legislador tiene significación para la vida sana en común...”²⁰², con lo que llega a determinar que, “...el bien jurídico será exclusiva creación del legislador...”²⁰³.

Como bien dice el maestro KAUFMANN, “...para Binding el bien jurídico no es algo natural que vaya más allá del derecho, simplemente es una creación del legislador...Los bienes jurídicos son el objeto de la lesión, en ellos se concreta la lesión de los derechos subjetivos...”²⁰⁴; derechos subjetivos de los cuales refiere el maestro HORMAZABAL que, “...pueden ser objetos de la agresión delictuosa, pero no en forma inmediata...La agresión afecta a sus presupuestos, a sus objetos, a sus sujetos, al querer, luego el derecho subjetivo al igual que la norma, no puede ser objeto de una ofensa...El derecho ante la lesión permanece inalterado...”²⁰⁵.

De ahí que cuando expresa que, “...en la superficie de la desobediencia se esconde como núcleo la lesión de un bien...”²⁰⁶, en definitiva esta señalando que toda norma encierra en sí un bien jurídico y que toda desobediencia a la norma constituye una lesión al bien jurídico que ella contiene.

Para finalizar esta reseña queremos señalar que algunos puntos críticos respecto a la teoría de Binding, “...no provienen de sus consideraciones de carácter dogmático, ni de las contradicciones lógicas de sus sistema, sino de su excesivo normativismo y de la absoluta exclusión del individuo que esto conlleva...”²⁰⁷.

²⁰¹ **BINDING K.**, Die Normen und ihre Uebertretung, p. 340, en HORMAZABAL MALAREE HERNAN, Óp. Cit. p. 42.

²⁰² **BINDING K.**, Óp. Cit., p. 353, en GONZALEZ-SALAS CAMPOS, RAUL, Óp. Cit. P. 19.

²⁰³ **Ibidem.** P. 18.

²⁰⁴ **KAUFMANN A.**, Lebendiges und Totes in Bindings Noermentheorie, p. 69, en HORMAZABAL MALAREE HERNAN, Op. Cit. p. 42.

²⁰⁵ **HORMAZABAL MALAREE HERNAN**, Op. Cit. p. 42.

²⁰⁶ **BINDING K.**, Op. Cit., p. 365, en HORMAZABAL MALAREE HERNAN, Óp. Cit. p. 43.

²⁰⁷ **HORMAZABAL MALAREE HERNAN**, Óp. Cit. p. 46.

3.2.5. VON LISZT Y SU TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO.

Von Liszt comienza señalando que, "...en el ámbito de las ciencias de la naturaleza es donde se determinan la realidades y de ahí se extraen los bienes como objetos materiales de la teoría del delito, para posteriormente extraer de ellos los conceptos formales del delito..."²⁰⁸.

Estableciendo así que, "...un bien jurídico no es un bien del Derecho (como Binding y otros suponen) sino un bien de los hombres, reconocido y protegido por el Derecho...El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico..."²⁰⁹, señalando que, "...El delito es un acto contrario al derecho, es decir, un acto que contraviniendo formalmente a un mandato o prohibición del orden jurídico, implica materialmente la lesión o peligro de un bien jurídico..."²¹⁰.

Von Liszt habla acerca del ordenamiento jurídico, y al respecto nos dice que, "...le corresponde regular las esferas de acción de cada una de las voluntades individuales delimitando, exigiendo o denegando determinadas formas de relaciones y también dando protección jurídica por las normas a los intereses vitales del individuo jurídicamente protegidos, en otros términos a los bienes jurídicos..."²¹¹.

En este contexto Liszt se inclinó por la idea de que "...el Derecho Penal debía lograr el mantenimiento del orden público estatal, pero afirmaba categóricamente que el Estado solo debía intervenir en la protección de determinados intereses, aquellos que materializados vienen a ser los que se relacionan con las condiciones de vida de los individuos..."²¹², concluyendo que "...el fin del Derecho penal, de la norma penal y de la ejecución penal esta precisamente en la protección de bienes jurídicos..."²¹³.

²⁰⁸ HORMAZABAL MALAREE HERNAN, Óp. Cit. p. 23.

²⁰⁹ *idem.*

²¹⁰ *idem.*

²¹¹ LISZT F. VON, Der Begriff der RechtsgutesimStrfrecht, p. S/f II, 7., en HORMAZABAL MALAREE HERNAN, Óp. Cit. p. 48.

²¹² GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, RAUL, Óp. Cit. p. 26.

²¹³ LISZT F. VON, Der ZweckgedankeimStrafacht, p. 48., en HORMAZABAL MALAREE HERNAN, Op. Cit. p. 51.

La función del bien jurídico para Liszt consiste en el hecho de que, "...con él se puede relacionar en el ámbito de la sociedad el precepto penal y la consecuencia jurídica, así como la prohibición y la sanción en sus efectos...en esta función es un concepto para la teoría jurídica general y, por tanto, un concepto limitador de la lógica abstracta jurídica; es decir, un concepto que concilia la jurisprudencia y las otras ciencias sociales..."²¹⁴.

En otro orden de ideas, cabe señalar que Liszt habla de bienes jurídicos individuales y de la comunidad, diciendo al respecto que, "...La vida de los hombres toma diferentes estructuras o formaciones, y de ellas deduce Liszt la división de los bienes jurídicos...La existencia humana aparece o bien como existencia de los hombres individuales o bien como existencia de los miembros de derecho de la comunidad...El derecho protege por ello o bien los intereses individuales o los de la comunidad..."²¹⁵.

Por lo que siguiendo la línea trazada por Von Liszt, "...El bien jurídico aparece colocado como elemento que le daría materialidad al delito y que al mismo tiempo expresaría el fin del ordenamiento jurídico penal...como un reflejo de la realidad social en el mundo de lo jurídico..."²¹⁶.

Por cuanto hace al concepto material del bien jurídico, VonLiszt lo desprendía "...de la relación con la vida, de tal manera que la acción delictiva es aquella que arbitrariamente produce causalmente o no impide una alteración en el mundo exterior..."²¹⁷y, en este sentido, "...el objeto de la acción delictiva tenía que ser sobre un bien jurídico..."²¹⁸.

A través de dicha posición, Liszt llega a determinar que, "...el objeto de protección debía ser igual al concepto de bien jurídico..."²¹⁹, en virtud de lo cual como señala el maestro SINA, "...dentro de su teoría en ocasiones sea difícil separar el objeto del resultado del bien jurídico...por lo cual hay quienes

²¹⁴ LISZT F. VON, Op. Cit., p. 673, en GONZALEZ-SALAS CAMPOS, RAUL, Óp. Cit. p. 24.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 25.

²¹⁶ HORMAZABAL MALAREE HERNAN, Op. Cit. p. 51.

²¹⁷ LISZT F. VON, Op. Cit., p. 12,13, en GONZALEZ-SALAS CAMPOS, RAUL, Óp. Cit. p. 27.

²¹⁸ *Ídem*.

²¹⁹ SINA P., Óp. Cit., p. 52, en GONZALEZ-SALAS CAMPOS, RAUL, Óp. Cit. p. 28.

afirman que incurrió en el error de identificar el “objeto de la acción” con el bien jurídico...”²²⁰.

Sin embargo, hay quienes como el maestro RADBRUCH señalan sobre el particular que, “...Liszt hace que el bien jurídico tome cuerpo, se “cosifique” en el objeto de la acción...Es precisamente en el objeto de la acción en el que se realiza el resultado perceptible por los sentidos...”²²¹; señalando en este sentido que para Liszt, “...El bien jurídico por el contrario (del objeto de la acción) permanece incólume, de manera que el fin de la propiedad privada o del honor solo podrá venir cuando se derogue la propiedad privada o se establezca el amor libre...”²²².

Por su parte el maestro GONZALEZ-SALAS nos dice que para Liszt, “...un interés esta contrapuesto a otros intereses, es decir, los bienes se yuxtaponen a otros y se llega a la idea de un conflicto de intereses...”²²³, de acuerdo con lo cual, “...solo es posible propugnar como objeto de tutela jurídico-penal las condiciones necesarias para la conservación de un determinado orden social...”²²⁴, de manera que para Liszt, “...(el interés) se trata de un producto social e histórico que es regulado por normas jurídicas dirigidas a la protección de esos intereses (bienes)...cuyo conflicto entre ellos tendera a resolverse imponiendo uno sobre otro, de acuerdo con la idea del valor o de la necesidad...”²²⁵, panorama dentro del cual, nos dice, “...La necesidad crea la defensa y con el cambio de los intereses varia el número y la especie de los bienes jurídicos”²²⁶, estableciéndose dentro de la teoría de Liszt el bien jurídico como, “...un interés jurídicamente protegido...esto es, las condiciones vitales del individuo o de la sociedad amparadas por el Derecho...”²²⁷.

²²⁰ *idem.*

²²¹ **RADBRUCH G.**, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, p. 158., en **HORMAZABAL MALAREE HERNAN**, Óp. Cit. p. 53.

²²² *idem.*, p. 53

²²³ **GONZALEZ-SALAS CAMPOS RAUL**, Óp. Cit. p. 31.

²²⁴ *Ibidem.* p. 32.

²²⁵ **GONZALEZ-SALAS CAMPOS RAUL**, Óp. Cit., p. 31.

²²⁶ *idem.*

²²⁷ **HORMAZABAL MALAREE HERNAN**, Óp. Cit. p. 50.

3.2.6. EL FUNCIONALISMO.

En otro orden de ideas, tenemos una corriente de pensamiento dentro de la que una parte de la moderna doctrina, se ha planteado una concepción distinta, respecto de los bienes jurídicos que las normas penales protegen; teoría que dentro del Derecho ha recibido el nombre de funcionalismo, estructural-funcionalismo o teoría sistémica del bien jurídico. Su postulado se basa en el hecho de que, "...En cada sistema social hay una relación interactiva (interrelación) entre los elementos que lo conforman y que a su vez se interrelacionan con elementos de otros sistemas...y por ello los sistemas sociales de cada sociedad son en realidad un conjunto de sistemas de acciones"²²⁸.

Para el funcionalismo, "...la sociedad debe ser entendida como un sistema total donde cada uno de sus aspectos no puede ser comprendido si no es en referencia al sistema total...El sistema consiste en una pluralidad de actores individuales que interactúan en una determinada situación motivados por reciprocas expectativas...Lo fundamental en el sistema es la interdependencia de los diversos factores, de tal forma que no puede afirmarse que uno de ellos determine la producción de un fenómeno"²²⁹.

El sistema como aspecto fundamental de esta teoría social se completa con los conceptos función y disfunción, "...Serán funcionales todas las condiciones o conjunto de condiciones que contribuyen a su mantenimiento o desarrollo y disfuncionales las que vayan en detrimento de su integración, eficacia, estabilidad, etc...El factor de cohesión para el funcionalismo será la presencia de un código moral y un sistema de valores compartidos por los actores sociales"²³⁰, de forma tal que, "...La estabilidad y el orden en la sociedad son consecuencia del sistema de valores; y el imperativo funcional de cualquier

²²⁸ GONZALEZ-SALAS CAMPOS RAUL, Óp. Cit. p. 48.

²²⁹ PARSON T., *El Sistema Social*, p. 216., en HORMAZABAL MALAREE HERNAN, Óp. Cit. p. 97.

²³⁰ LUHMANN N., *Soziale Systeme*, p. 318, en HORMAZABAL MALAREE HERNAN, Óp. Cit. p. 98.

sistema será por tanto, el de mantener la integridad de su sistema de valores”²³¹.

De manera que, “...el funcionalismo, es en esencia una ideología conservadora, por su predisposición a respetar y adaptarse a los poderes vigentes...sea cual fuere su carácter ideológico y social...”²³². De su carácter conservador se deriva una de las preocupaciones centrales del funcionalismo, el problema del mantenimiento del orden social, cuestión que resuelve de la siguiente forma, “...El orden será definido desde la adhesión a un código moral, pero no de una moralidad en abstracto, sino el compartir un determinado sistema moral referido al “statu quo” a partir del cual se determina lo que es contrario o conforme al orden establecido concreto...El funcionalismo deja de ser conservador en un sentido metafísico, para transformarse en una ideología políticamente conservadora”²³³.

Por otra parte y en relación con el bien jurídico, el maestro GONZALEZ – SALAS señala, “...Esta moderna teoría sistémica del bien jurídico, lo contempla en orden a su funcionamiento dentro del sistema en el que se le ubique; pretende ver a los bienes jurídicos como elementos participativos de un determinado sistema, en donde tienen una determinada función o utilidad para el mismo...”²³⁴, “...bajo este esquema, se dice que los bienes jurídicos forman parte de sistemas y estos sistemas se componen de un conjunto de elementos que sirven para la consecución de los fines del sistema...”²³⁵. Tesitura dentro de la cual, según esta moderna teoría, “...los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales se pueden explicar no a partir de su sustrato material, sino de la función que tienen para la vida social: esto es, explicarlos con base en su existencia funcional y su utilidad para la vida social...”²³⁶.

²³¹ MEEHAN E., Pensamiento Político Contemporáneo, p. 137, en GONZALEZ-SALAS CAMPOS, RAUL, Óp. Cit. p. 50.

²³² GOULDNER A., La Crisis de la Sociología Occidental, p. 306., en HORMAZABAL MALAREE HERNAN, Óp. Cit. p. 99.

²³³ MARSAL, J. F., La Crisis Sociológica Americana., p. 237, en HORMAZABAL MALAREE HERNAN, Óp. Cit. p. 99.

²³⁴ GONZALEZ-SALAS CAMPOS RAUL, Óp. Cit. p. 49.

²³⁵ *Idem*, p. 49.

²³⁶ *Ibidem*, p. 53.

3.2.6.1. LA TEORÍA DE LA PROTECCIÓN PENAL DE BIENES JURÍDICOS DE KNUT AMELUNG.

Este autor comienza señalando que, "...el que los bienes remitan a valores y estos a su vez remitan a sujetos que valoran permite a la teoría del bien jurídico tener en cuenta que los bienes también tienen valor para otros sujetos, que también para ellos son "bienes". En esto se apoya la clasificación de los bienes en individuales, de la colectividad y del Estado...para llevar a cabo tal clasificación, la teoría del bien jurídico opera en parte con ficciones..."²³⁷.

En este entendido, "...la colectividad" no valora realmente, sino que consiste en un gran número de sujetos que se supone que de ser encuestados harían una determinada valoración, porque ésta es la más adecuada atendiendo a los intereses existentes en la situación en la que se encuentran...También el juicio de valor que crea un bien y que se permite entender este como un "bien individual", presenta rasgos ficticios, ya que se le atribuye al sujeto sin que éste tenga que pronunciarse, de modo que en último término también se infiere de un estado de intereses objetivamente existente..."²³⁸, señala que, "...Un medio para asegurar esta ficción es la "Teoría del interés", que se remonta a Von Liszt y que identifica el interés con el juicio de valor del sujeto que (supuestamente) valora junto al legislador..."²³⁹.

Caso en el cual, "...la valoración del legislador tiene carácter preferente: formalmente, por la potestad del legislador de obligar al sujeto individual; materialmente, por el mayor peso de su valoración, que no tiene en cuenta el interés de un solo individuo sino el de muchos..."²⁴⁰.

Manifiesta que, "...en una sociedad axiológicamente plural e incluso multicultural, dado que no hay un conjunto suficientemente delimitado de

²³⁷ AMELUNG, KNUT, El concepto de Bien Jurídico, en "La Teoría del Bien Jurídico", Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2007, p. 230.

²³⁸ *idem.*

²³⁹ *idem.*

²⁴⁰ *idem.*

valores ni una igualmente delimitada ordenación de éstos que sean admitidos de modo generalizado, no es posible construir una teoría del bien jurídico que sea vinculante y susceptible de consenso sobre valores supralegales. Esta es una de las razones que han hecho necesario el procedimiento legislativo democrático: el consenso de los valores, que es suficiente para justificar las intromisiones estatales, no se produce bajo las condiciones del pluralismo axiológico y debe ser generado por vía procedimental...”²⁴¹.

Señalando que “...el delito como una lesión de un objeto protegido...tiene que ver con el hecho de que delitos fundamentales como el homicidio, las lesiones y los daños consisten en el deterioro de un objeto físico. Sin embargo, en el momento en que uno quisiera generalizar esta visión del delito, se encontraría con dificultades a la hora de encontrar un bien jurídico ya en delitos como la injuria o las detenciones ilegales,... (lo) que “obliga a precisar la idea de la lesión del bien jurídico como deterioro o destrucción de un objeto físico...”²⁴²

Para ampliar este particular nos dice que, “...El homicidio destruye un bien jurídico protegido: la vida humana. El robo, en cambio, no cambia el status dominical de la cosa sustraída. El delito de homicidio protege una realidad biológica. El bien jurídico protegido por el delito de robo, por el contrario es un estado de cosas de carácter social, una relación de dominio obtenida por el propietario por medio de normas institucionales que le permite excluir a otros del uso de la cosa para poder hacer con ella lo que quiera...en el homicidio estamos ante un “hecho bruto”, mientras que en el robo ante uno “institucional...(Con esto) Lo único que se quiere decir, sin embargo, es que en estos casos el objeto existe con independencia de las normas sociales.”²⁴³

En este particular, revela que, “...en las cuestiones que se plantean a la hora de definir jurídicamente las fronteras de la vida humana o de determinar cuándo existe agua susceptible de ser contaminada,...puede decirse que es el

²⁴¹ AMELUNG, KNUT, *Óp. cit.*, p. 238.

²⁴² *Ibidem*, p. 242.

²⁴³ *Idem*.

objeto en sí el que disfruta de la protección penal. Por el contrario, los bienes jurídicos que se derivan de una institución social, como la propiedad individual, son en último término posibilidades de acción que emergen sotavento de las normas de prohibición que contiene la propia institución. El objeto detrás de la prohibición, (de no robar) no es en último término el objeto “coche”, sino la posibilidad de que su propietario lo conduzca...la cosa que sustrae el ladrón no es el bien jurídico, sino el objeto de la acción en el descrita...(la norma) no protege la cosa en sí, sino que solo la menciona como parte de la descripción del hecho en el tipificado: la cosa es un elemento típico que debe estar presente para que se den todos los presupuestos de la punibilidad...Tipos como el de “falsificación de documentos”, que no protege el documento en sí, sino la seguridad del tráfico jurídico, muestran que el objeto de la acción y el bien jurídico pueden ser diferentes...”²⁴⁴

En este orden de ideas, nos dice, “...La relación entre el bien jurídico y el objeto del delito... la determina el legislador. Allí donde este quiere proteger posibilidades de acción que surgen de hechos “institucionales”, la diferencia entre el objeto del delito y bien jurídico será más evidente. Cuando se trata de proteger la existencia de hechos “brutos”, como en el caso del homicidio (pero también en la protección de la fauna y del medio ambiente), es evidente que el legislador hace al objeto de protección también objeto material de una norma penal que sanciona su destrucción....el Derecho penal además de proteger objetos físicos también protege posibilidades de acción...”²⁴⁵

“...Los estados de cosas “brutos” (esto es, no construidos socialmente), las posibilidades de acción individual y los procesos sociales son los objetos más importantes que pueden ser elevados a la categoría de bien jurídico por el juicio de valor del legislador...”²⁴⁶. No obstante lo anterior, “...La unidad del mundo de los bienes jurídicos no se da en el ámbito de los objetos, sino que se construye a partir del elemento común que viene dado por el juicio de valor que constituye tales bienes. Éste tiende el puente normativo que va

²⁴⁴ AMELUNG, KNUT, *Óp. cit.*, p. 242.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 244.

²⁴⁶ AMELUNG, KNUT, *Óp. cit.*, p. 245.

desde el ser al deber ser, desde la realidad protegida a la norma protectora, y al hacerlo obliga a quien aplica la norma a no pasar sin más por encima de esta realidad. Todo lo contrario: le obliga a interpretar buscando y teniendo en cuenta todas las diferencias valorativamente relevantes...²⁴⁷.

En otro orden de ideas, refiere que, "...Cuando se hable de modo abstracto de "la vida humana" como bien jurídico, no se hace referencia a ninguna idea, sino a la clase formada por todas las vidas humanas existentes..."²⁴⁸. En este sentido, aclara que, "...cuando el Derecho penal deba de proteger algo, sólo serán legítimas aquellas normas que protejan algo real y lesionable. De esta proposición surge para la doctrina el deber de construir el concepto de bien jurídico de manera tal que no pueda ser utilizado para legitimar normas que no tengan como referencia un objeto de protección real. De cara al legislador esta proposición significa que no podrá considerarse legítima ninguna norma penal para la que no se pueda encontrar un objeto de protección real y lesionable..."²⁴⁹

De todo lo antes expuesto, afirma que, "...El concepto de bien jurídico, entendido como objeto de protección de la norma de conducta que puede inferirse del Derecho positivo, es un instrumento polivalente de la argumentación jurídico-penal. El postulado de que las normas de conducta penalmente protegidas siempre deben proteger un objeto detrás de ellas, exige que tales normas tengan una utilidad que vaya más allá del mantenimiento de su vigencia fáctica...tal utilidad es una cuestión que, dentro de los límites constitucionales, se deja al juicio de valor del legislador. En esta caracterización, la teoría de la protección de bienes jurídicos es un dogma que, por un lado, niega la legitimación a las normas penales inútiles, pero por otro, es tan flexible que toma en consideración la facultad del legislador de decidir que ha de considerarse útil y digno de protección..."²⁵⁰

²⁴⁷ AMELUNG, KNUT, *Óp. cit.*, p.246.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 253.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 257.

²⁵⁰ AMELUNG, KNUT, *Óp. cit.*, p. 263.

Finalmente apunta que junto a la teoría de la protección de bienes jurídicos, cabe, "...una teoría sociológica sobre la lesividad social que no concibe el daño social como el deterioro de objetos, sino que retoma la vieja idea de que el delito ataca las condiciones de organización de la convivencia humana. Por ello se apoya en la idea de la sanción penal como instrumento para la protección de la vigencia fáctica de las normas de conducta. Si, de acuerdo con el modelo científico-social, entendemos estas normas como elementos estructurales del sistema social configurado por la Ley Fundamental, entonces es posible emprender un análisis estructural funcional que indague cual es la contribución de la norma al mantenimiento de este sistema como concreta condición de la vida en comunidad..."²⁵¹

3.2.6.2. LA TEORÍA SISTEMICA DE GUNTHER JAKOBS.

Por otro lado tenemos dentro de la perspectiva sistémica el pensamiento de JAKOBS, según el cual, "...la contribución que hace el derecho penal para el mantenimiento de la estructura social y estatal se realiza en la garantía de la vigencia de la norma ya que de esta manera se contribuye a la cohesión social..."²⁵². Como podemos apreciar de entrada, su planteamiento se desarrolla dentro del más estricto normativismo y, en este sentido su planteamiento va dirigido a lo que específicamente debe ser protegido por el derecho penal, esto es a la norma.

Jakobs nos dice que, "...no es la causación de una muerte lesión de un bien jurídico penal, sino el sentido que hay de muerte inevitable ya que es ese sentido el que cuestiona la vigencia de la norma..."²⁵³. Como señala Jakobs "...este planteamiento surge superando aquel que entiende al bien jurídico como objeto de protección de una norma, proponiendo en su reemplazo la vigencia de la norma misma como el bien del derecho penal..."²⁵⁴.

²⁵¹ AMELUNG, KNUT, *Op. cit.*, p. 263.

²⁵² JAKOBS G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 27., en HORMAZABAL MALAREE HERNAN, *Op. Cit.* p. 112.

²⁵³ *Ibidem*, p. 113.

²⁵⁴ *Idem*.

Sin embargo cabe señalar que, "...desde la perspectiva de que el bien del derecho penal es el carácter obligatorio de la norma, Jakobs concluye necesariamente que los aportes de la teoría del bien jurídico son muy pocos, ya que no necesariamente una norma está vinculada a la protección de un bien jurídico...Por lo que en todo caso, la determinación de una conducta como delictual necesita el auxilio del concepto de dañosidad social, cuyas fronteras son siempre determinables en forma muy poco precisa..."²⁵⁵. Consideramos que Jakobs, hace este señalamiento sobre el bien jurídico toda vez que una de las limitaciones de esta tesis funcionalista lo es que, "...antela irrupción de nuevos hechos, insospechados, imprevistos, que suscitan la necesidad de nuevas interpretaciones de añejas normas, o que provocan la elaboración de nuevas normas. Tanto lo uno como lo otro vendrán a romper irremediamente las supuestas lógicas del sistema"²⁵⁶.

3.2.6.3. LA TEORÍA PERSONALISTA DEL BIEN JURÍDICO DE W. HASSEMER.

Finalizaremos este punto relativo al pensamiento funcionalista con HASSEMER, el cual toma como punto de partida de su planteamiento una clasificación de las teorías del bien jurídico conocidas, según si cumplen una función crítica o una función simplemente sistemática; "...Las primeras sitúan el bien jurídico más allá del derecho penal y, son por lo tanto, trascendentales al sistema penal;...las segundas reducen el bien jurídico a una creación del legislador y, son por lo mismo inmanentes al sistema penal...Teniendo valor dentro de la perspectiva de construir una teoría del delito a partir del bien jurídico, solo las primeras..."²⁵⁷. No obstante como el propio HASSEMER nos dice, "...ninguna de las teorías del bien jurídico trascendentes al sistema propuestas a podido hasta ahora, por su formalismo derivado del hecho de haberse limitado exclusivamente a categorías jurídico-normativas, dar un concepto material de bien jurídico capaz de expresar no solo lo que lesiona una acción delictual, sino también de responder a la cuestión de por qué una

²⁵⁵ JAKOBS G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 27., en HORMAZABAL MALAREE HERNAN, Op. Cit. p. 114.

²⁵⁶ RECASÉNS SICHES, LUIS. Op. Cit., p. 209.

²⁵⁷ HASSEMER W., *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, p. 19., en HORMAZABAL MALAREE HERNAN, Op. Cit. p. 114.

determinada sociedad en su ordenamiento jurídico penal criminaliza exactamente esas acciones lesivas y no otras...”²⁵⁸, en este sentido, reprocha a las teorías sociológicas en general que, “...si bien es cierto que procuran dar una respuesta a la cuestión de cómo los hombres se transforman en criminales, no hay una respuesta a la pregunta sobre como una determinada conducta se transforma en criminal...”²⁵⁹.

HASSEMER estima que la resolución de este problema depende de la valoración que la sociedad da a los objetos que por la conducta a incriminar pueden quedar lesionados o expuestos a un peligro, diciéndonos que, “... dicha valoración depende de tres factores: a) de cuan a menudo se realizan estas conductas; b) de la intensidad de la demanda del objeto en cuestión; c) de la medida de la amenaza...la efectividad de estos factores no es exclusivamente objetiva, sino que también otros factores como la incidencia en la conciencia cultural de la sociedad y su ilustración normativa, así como algunos otros que aporta la psicología...”²⁶⁰.

Hassemer en este sentido, “...coloca el concepto de bien jurídico en un contexto histórico-cultural en que se hace la valoración...en este contexto vincula tanto el bien jurídico como la decisión incriminadora,... de forma tal que, esta circunstancia deba ser tomada en cuenta por la política criminal...”²⁶¹ y plantea que “... es necesario que el concepto de bien jurídico se coloque en el campo de tensión entre el Individuo, Sociedad y Estado...”²⁶².

No obstante lo anterior, Hassemer hace hincapié en que, “...en las nuevas formas de criminalidad que surgen con las cada vez mayores posibilidades de acción, es donde se pone en duda la capacidad del bien jurídico para hacer aportes significativos al derecho penal...”²⁶³. Siendo este el caso de los llamados delitos de victimas difusas, en los cuales según

²⁵⁸ **HASSEMER W.**, Theorie und Soziologie des Verbrechens, p. 19., en HORMAZABAL MALAREE HERNAN, Op. Cit. P. 114.

²⁵⁹ **Ibidem**, p. 115.

²⁶⁰ **Ibidem**, p. 116.

²⁶¹ **Ibidem**, p. 117.

²⁶² **Ibidem**, p. 118.

²⁶³ **HASSEMER W.**, Theorie und Soziologie des Verbrechens, p. 19., en HORMAZABAL MALAREE HERNAN, Op. Cit. p. 118.

Hassemer el bien jurídico aparece más diluido, lo anterior en virtud de que son bienes jurídicos dentro de los que, "...El bien jurídico aparece como una condición necesaria pero no suficiente para criminalizar una conducta...y el derecho penal no entra a proteger derechos personales concretos, sino funciones, dando lugar a tipos excesivamente amplios..."²⁶⁴.

Sin embargo cabe señalar que Hassemer se pronuncia por la protección de estos bienes jurídicos sin renunciar a la tradición personal de la teoría del bien jurídico, de forma tal que la protección de estos bienes se dará, "...funcionalizando los intereses generales y del Estado a partir del individuo;... los bienes jurídicos tienen fundamento solo en la medida en que se corresponden con los intereses conciliados del individuo"²⁶⁵.

3.2.7. LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO DE CLAUS ROXIN.

Claus Roxin inicia su exposición diciéndonos que, "...La cuestión de las cualidades materiales que debe reunir una conducta para ser sometida a la pena estatal siempre será un problema fundamental, no solo para el legislador, sino también para la ciencia jurídico-penal. Hay muchas razones para entender que el legislador actual, aunque goza de la legitimidad democrática, no puede incriminar algo solo porque no le guste...conforme al estándar alcanzado por nuestra civilización occidental (marco al que se circunscriben mis consideraciones), la penalización de una conducta tiene que poseer una legitimación distinta de la que le otorga la mera voluntad del legislador..."²⁶⁶.

Refiere que, "...Tras la segunda guerra mundial, la ciencia jurídico-penal alemana intento establecer una delimitación del poder de intervención penal con ayuda de la teoría del bien jurídico. La idea fundamental era que el Derecho penal solo podía proteger bienes jurídicos concretos, y no creencias políticas o morales, doctrinas religiosas, ideologías sobre el mundo o meros

²⁶⁴ **HASSEMER W.**, *Theorie und Soziologie des Verbrechensl.*, p. 19., en **HORMAZABAL MALAREE HERNAN**, Op. Cit. P. 118.

²⁶⁵ **idem.**

²⁶⁶ **ROXIN, CLAUS**, *¿Es la protección de Bienes Jurídicos una finalidad del Derecho Penal.* en "La Teoría del Bien Jurídico", Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2007, p. 443.

sentimientos. En esta línea,...que pretendía oponer una alternativa político-criminal moderna...establecía (que): “Las penas y las medidas de seguridad tienen como finalidad la protección de bienes jurídicos y la reintegración del autor a la comunidad jurídica...”²⁶⁷.

En este sentido, nos explica que, “...los límites de las facultades de intervención penal deben extraerse de la función social del Derecho penal...todo lo que vaya más allá de esta no puede ser objeto del Derecho Penal. El Derecho penal tiene como finalidad procurar a los ciudadanos una existencia pacífica, libre y socialmente segura, en la medida en que tales objetivos no puedan conseguirse mediante otras medidas socio-políticas menos intrusivas en la esfera de libertad de los ciudadanos...esta descripción de fines se corresponde con la auto-comprensión actual de todas las democracias parlamentarias, de modo que no precisa una divagante justificación teórica...”²⁶⁸.

No obstante, lo anterior, nos expone que, “...es fácil legitimarla acudiendo al pensamiento jurídico-racionalista de la Ilustración, base de la forma democrática de Estado...Para esta concepción, lo ideal es que el poder de intervención estatal y la libertad de los ciudadanos se lleven a un equilibrio que le garantice al individuo tanta protección como sea necesaria, pero también tanta libertad individual como sea posible. Estas metas de nuestra tradición liberal ilustrada de ningún modo han quedado obsoletas, sino que continuamente tiene que ser protegidas frente a tendencias limitadoras de la libertad de los más diversos orígenes...”²⁶⁹.

Haciendo énfasis en que, “...en un Estado democrático de Derecho,...las normas penales sólo pueden perseguir la finalidad de asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre y pacífica garantizando al tiempo el respeto de todos los derechos humanos...en la medida en que esto no pueda conseguirse de forma más grata, el Estado debe garantizar penalmente no sólo

²⁶⁷ ROXIN, CLAUDIUS, *Op. cit.*, p. 444.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 446.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 447.

las condiciones individuales necesarias para la coexistencia (como la protección de la vida y la integridad física, de la libertad de actuación, de la propiedad, etc.), sino también las instituciones estatales que sean imprescindibles a tal fin (una administración de justicia que funcione, unos sistemas fiscales y monetarios intactos, etc.)...²⁷⁰.

Para acto seguido darnos su concepción del bien jurídico, manifestando, "...Llamo "bienes jurídicos" a todos los objetos que son legítimamente protegibles por las normas bajo estas condiciones. Estos no son, como muchas veces se supone, sustratos de sentido de naturaleza ideal, sino entidades reales: la vida, la integridad física o el poder de disposición sobre valores materiales...Los bienes jurídicos no tienen por qué tener realidad material. La disponibilidad sobre las cosas que garantiza la propiedad o la libertad de actuación que protege la prohibición de las coacciones no son objetos físicos, pero sin embargo son parte de la realidad empírica. También son bienes jurídicos los derechos humanos y los derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia o la libertad de culto. Su privación conlleva perjuicios muy reales de la vida en sociedad...tampoco son objetos físicos las instituciones estatales, como la administración de justicia o el sistema monetario u otros bienes de la comunidad, pero si son realidades necesarias para la vida cuya lesión puede perjudicar de forma duradera la capacidad de prestación de la sociedad y la vida de los ciudadanos..."²⁷¹.

Hace notar que también, "...se pueden definir los bienes jurídicos, como realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin. La distinción entre realidades y fines apunta a que los bienes jurídicos no necesariamente le vienen dados al legislador, como ocurre por ejemplo con la vida humana, sino que también puede ocurrir que sean creados por el, como sucede por ejemplo en el caso de los impuestos..."²⁷².

²⁷⁰ ROXIN, CLAUS, Op cit., p. 447

²⁷¹ Idem.

²⁷² ROXIN, CLAUS, Op cit., p. 448.

Manifiesta que, su definición de bien jurídico, "...designa un concepto "personal" del bien jurídico...tal concepto de bien jurídico no puede limitarse a bienes jurídicos individuales, sino que incluye bienes jurídicos de la comunidad. Estos, sin embargo, solo son legítimos cuando en última instancia sirven al ciudadano individual..."²⁷³. También hace patente que, "...En la medida en que persigue mostrar al legislador los límites de la punición legítima, el concepto de bien jurídico que se defiende es además un concepto crítico de la legislación. De este modo se diferencia del llamado "concepto metodológico" de bien jurídico, según el cual por bien jurídico no hay que entender otra cosa que la finalidad de la Ley, la ratio legis. Este concepto de bien jurídico ha de rechazarse porque no dice nada que vaya más allá del por lo demás reconocido principio de interpretación teleológica..."²⁷⁴

Respecto al ordenamiento penal, apunta que, "...la restricción del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos puede inferirse plenamente de las bases filosófico-políticas de la democracia parlamentaria..."²⁷⁵. Afirmando que, "...un precepto penal que no protege bien jurídico alguno es nulo por constituir una intromisión excesiva en la libertad de los ciudadanos. Por supuesto, a la hora de enjuiciar si un precepto penal se puede considerar un instrumento útil para la protección de bienes jurídicos habrá de concederse un margen de apreciación al legislador. Pero cuando no pueda encontrarse una fundamentación seriamente defendible, la consecuencia tendrá que ser la nulidad de semejante norma penal "desproporcionada"..."²⁷⁶.

Más adelante refiere que, "...Junto al principio de protección de bienes jurídicos y con igual rango está el principio de subsidiariedad, conforme al que solo puede amenazarse con una pena cuando no baste con medidas suaves de carácter civil o administrativo o con otras medidas de política social...El derecho penal protege los bienes jurídicos de forma secundaria. Pero ello no

²⁷³ ROXIN, CLAUS, *Óp cit.*, p. 448.

²⁷⁴ *Idem*.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 451.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 453.

resta significado al concepto de bien jurídico, como quizás hayan logrado mostrar mis reflexiones...”²⁷⁷.

Hay un punto importante en el cual ROXIN coincide con STRATENWERTH, “...Este quiere incluir entre las finalidades del Derecho Penal la protección de los animales y de las condiciones de las generaciones futuras...el maltrato de animales o la extinción de especies puede pensarse, igual que por ejemplo la destrucción del clima que perjudique de forma duradera la vida de las generaciones futuras. Ello parecería contradecir la idea de protección de bienes jurídicos, porque lo que se haga a los animales o a las generaciones futuras no tiene por qué perjudicar a las personas actualmente vivas. Pero uno no tiene que renunciar al principio de protección de bienes jurídicos,...sino que sólo tiene que ampliarlo, extendiendo el contrato social del círculo de las personas vivientes a otras creaturas y a las generaciones futuras...”²⁷⁸.

En este entendido, ROXIN establece que, “...el sistema social no debe ser conservado en su propio beneficio, sino en beneficio de las personas que viven en tal sociedad. Y aunque ello no fuera así, el Estado no se podría conservar mediante imputaciones de sentido, sino por la eficacia real de sus medidas de dirección de conductas, entre las que se encuentran la amenaza y la ejecución de la pena...”²⁷⁹

Finalmente, sobre el tema de la manipulación genética ROXIN hace evidente que, “...la lesión de la propia dignidad no supone la lesión de un bien jurídico...Últimamente el legislador alemán se remite a esta justificación de la incriminación. Así por ejemplo toda modificación de la información hereditaria de un gameto humano es punible, porque supuestamente lesiona la dignidad humana. Sin embargo, solo existe lesión de un bien jurídico cuando de tal modo se manipule el acervo genético del recién nacido, porque se estarán disminuyendo sus posibilidades de desarrollo no susceptibles de ser

²⁷⁷ ROXIN, CLAUS, *Óp cit.*, p. 454.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 456.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 457.

planificadas. Si la intervención tiene lugar para evitar graves enfermedades hereditarias, sin embargo, el niño no se ve perjudicado, sino que se mejoran sus oportunidades de supervivencia y desarrollo. Eso no es una lesión de bienes jurídicos...”²⁸⁰.

3.3. IMPORTANCIA DEL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO PARA LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL.

En la búsqueda del concepto del Bien Jurídico como hemos visto se han dado múltiples teorías, desde la concepción de los derechos subjetivos, hasta las posiciones modernas como el funcionalismo, enriqueciendo cada una de ellas a la ciencia del Derecho Penal.

En este sentido, el maestro GONZALEZ-SALAS establece que, “...uno de los puntos más importantes que ha dado a la Ciencia del Derecho Penal, es que a partir de la elaboración de las diversas Teorías del Bien jurídico se ha desarrollado el Principio del Bien Jurídico.”²⁸¹ En este sentido, “...A través del Principio del Bien Jurídico al establecer que cada tipo penal debe proteger un Bien Jurídico, intenta que la sociedad y cada uno de sus miembros sepan lo que en realidad protege el ordenamiento punitivo, brindando la posibilidad de establecer la obligación para la Ley de determinar en cada tipo legal un Bien Jurídico...En la determinación de dicho Bien Jurídico se hace uso de la razón ontológica y jurídica, y con ello permite participar en su crítica y postular razonadamente su revisión.”²⁸². En base a dicho Principio, “...el bien jurídico aparece como el fundamento básico de la estructura abstracta de la infracción, y a la vez como criterio ordenador del conjunto de los delitos de la parte especial...”²⁸³

Agregaríamos, a dicho principio, la característica .de que,“...para el cumplimiento de sus funciones el concepto de bien jurídico ha de expresar superando los aspectos puramente formales, lo que real y concretamente se

²⁸⁰ ROXIN, CLAUDIUS, *Op cit.*, p. 450.

²⁸¹ GONZALEZ-SALAS CAMPOS RAUL, *Op. Cit.* p. 132.

²⁸² *idem.*

²⁸³ GONZALEZ-SALAS CAMPOS RAUL, *Op. Cit.* p. 133.

protege en cada norma penal de una determinada sociedad en un determinado tiempo...”²⁸⁴, y debe hacerlo a través de una forma trascendente al sistema, la cual como vimos consiste en que, “...el bien jurídico en la medida que posibilita cotejar la realidad social con la realidad normativa, pone en evidencia los desequilibrios entre una y otra realidad y da fundamento a los movimientos de reforma penal...”²⁸⁵, así como, “... ser el medio que llevara inevitablemente a la revisión crítica del Derecho penal vigente, ya que permitirá ver en su exacta dimensión, más allá de su simple formulación, lo realmente protegido por la norma... por cuanto a ¿Qué es lo que merece tener protección jurídica?, ello partirá de los juicios de valor y los criterios para resolverlos...”²⁸⁶.

En este orden de ideas, resulta idóneo señalar que, “...La cuestión sobre los contenidos de las normas jurídicas, tanto de las generales como de las particulares, como también de las individualizadas...se trata de lógica material (de contenidos) y no de lógica formal (...) Tratar formas a priori, esto es esencias necesarias y universales, por métodos de lógica, gnoseología y ontología formales parece sin duda adecuado y correcto. En cambio, resulta...con seguridad gravemente erróneo, aplicar esos mismos métodos al tratamiento de los contenidos jurídicos, de la materia jurídica, que es una realidad empírica que se origina en cierto lugar y en cierto tiempo, al conjuero de unas necesidades históricas y en vista de ciertos fines particulares...”²⁸⁷.

Aquí cabe manifestar que, “...el Derecho penal es, por su propia naturaleza y finalidad, un derecho subsidiario y fragmentario que, como tal solo pretende contrarrestar las amenazas peligrosas para los bienes jurídicos”²⁸⁸. Así mismo, “...la expresión bien jurídico es utilizada, como genero, aludiendo con ella “al objeto de la protección jurídica”. Para designar a la especie, el objeto de tutela jurídico-penal, se prefiere la expresión “bien jurídico penal”²⁸⁹. “...El debate hoy ya no consiste tanto en decidir que bienes merecen la

²⁸⁴ **HORMAZABAL MALAREE HERNAN**, *Op. Cit.* p. 139.

²⁸⁵ **HASSEMER W.**, *Op. Cit.*, p. 298, en **HORMAZABAL MALAREE HERNAN**, *Op. Cit.* p. 140.

²⁸⁶ *Ibidem.* p. 142.

²⁸⁷ **RECASÉNS SICHES, LUIS.**, *Op. Cit.*, p. 198.

²⁸⁸ **PERIS RIERA, JAIME MIGUEL**, *La Regulación Penal de la Manipulación Genética en España*, Editorial Civitas S. A., Madrid, 1999, p. 50.

²⁸⁹ *Ibidem.*, p. 81.

categoría de jurídicos, sino en precisar cuales son merecedores de la, necesariamente, restringida, tutela jurídico-penal...”²⁹⁰

De manera que debemos tener en cuenta ,“... que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, desarrollado para actuar de limite al lus Puniendi del Estado es...una de las manifestaciones de un planteamiento político-criminal más global: el que parte de la necesidad de postular un uso lo más restrictivo posible del Derecho penal...Hoy, con la irrupción de las modernas técnicas biomédicas, no solo han aparecido novedosos instrumentos de ataque a bienes ya consolidados, sino que también han surgido unos nuevos intereses hasta hace poco inimaginables...”²⁹¹, los cuales son merecedores de reconocimiento y tutela penal, “...pero no por si mismos, sino solo como medios para cubrir las necesidades de vida y salud del hombre...”²⁹²

“...En general, hoy nadie pone en entredicho que los bienes jurídico-penales más indiscutidos son precisamente los que afectan en mayor intensidad a los individuos. También, en virtud de la propia naturaleza del Estado, como social y democrático de derecho, se estima –desde perspectivas bastante dispares–que merecen ser protegidos jurídico-penalmente aquellos bienes de carácter social y de titularidad colectiva...”²⁹³. Estos últimos, “...si se los contempla solo en su dimensión de “exclusiva trascendencia para el sistema social”, sin más, se comienza a caer en la peligrosa pendiente del Estado social autoritario. Por eso, sin negarlos, si se pretende su funcionalización hacia la persona: deben ser valorados en función de su proyección sobre los individuos...”²⁹⁴

²⁹⁰ **PERIS RIERA, JAIME MIGUEL**, La Regulación Penal de la Manipulación Genética en España, Editorial Civitas S. A., Madrid, 1999, p. 82.

²⁹¹ **Idem.**

²⁹² **Ibidem**, p. 85.

²⁹³ **Ibidem**, p. 92.

²⁹⁴ **PERIS RIERA, JAIME MIGUEL**, Óp. Cit., p. 92.

3.4. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LOS BIENES JURÍDICOS RELACIONADOS CON LA MANIPULACIÓN GENÉTICA.

Así empezaremos señalando que, "...Si en las conductas relativas al origen, a la evolución o la herencia biológica del individuo humano hubiera que señalar aquella que más trascendencia evidencia sobre la evolución de la especie humana en su conjunto, esa es la que se realiza sobre células de la línea germinal del individuo, trascendiendo los resultados ocasionados —mas allá de propio individuo o proyecto de individuo— a la descendencia del ser humano (aun en formación) del que proceden dichas células manipuladas genéticamente...por tanto la tipificación de estas actuaciones genéticas lo que quiere criminalizar son aquellas conductas que —ejecutadas sobre células humanas— lesionen o pongan en peligro las mismas bases de la evolución biológica de la especie humana..."²⁹⁵.

En materia de manipulación genética la problemática de la regulación penal constituye un campo de prácticas incuestionable, ello toda vez que, "...las dudas no van a cifrarse nunca respecto a bienes que han seguido una línea constante en su protección penal, sino sobre otros nuevos ó respecto de innovadores procedimientos técnicos de ataque a bienes tradicionales..."²⁹⁶

Como pudimos apreciar en capítulos anteriores, "...Las investigaciones en genética humana y determinadas aplicaciones de los conocimientos que se han alcanzado y que progresivamente se van a ir ampliando, tienen en ocasiones tal naturaleza que llegan a afectar no solo al individuo sobre el que directamente se actúa, sino que le trascienden y repercuten sobre la propia especie humana. Aquí ya no se esta hablando sólo de nuevas formas de ataque. La propia esencia de esas conductas es tal que, frente a ellas, la pregunta que uno debe plantearse es, la de si realmente "hay bienes colectivos nuevos dignos de protección por el Derecho y, en su caso, merecedoras de pena las conductas que atenten gravemente contra ellos..."²⁹⁷.

²⁹⁵ **BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F.**, Aspectos Jurídico-Penales de la Reproducción Asistida y la Manipulación Genética Humana, Editorial Edersa, Madrid, 1997, p. 443.

²⁹⁶ **PERIS RIERA, JAIME MIGUEL**, Óp. Cit., p. 96.

²⁹⁷ **Ibidem**, p. 97.

En este entendido, PERIS RIERA, nos dice que, "...Ciertas practicas genéticas o afectan a bienes jurídico-penales sobradamente delimitados como los de la vida humana independiente, la vida humana en formación, la integridad personal (en sus facetas física y mental), la libertad de decisión, etc., o están repercutiendo, de un desconocido hasta ahora, sobre determinados valores, mayoritariamente apreciados por la colectividad..."²⁹⁸.

Por su parte ALBERRUCHE, señala que, "...El bien jurídico inmediatamente tutelado...podría ser la identidad genética o si se prefiere, la **inalterabilidad** e intangibilidad del patrimonio genético, esto es el derecho a no ser producto de patrones genéticos artificiales...se materializa en el genotipo, que constituye el objeto material del delito. Esto es la materia sobre la que recae la acción típica, y en donde se concreta el bien jurídico u objeto formal..."²⁹⁹. "... Así con una perspectiva de la tutela colectiva, habrá de partir de la misma esencia biológica de la especie humana...el bien jurídicamente protegido es la **integridad** de la especie humana y el permitir el normal desarrollo evolutivo de la misma..."³⁰⁰.

En este sentido, PERIS RIERA, nos dice que, "...Los bienes jurídicos de titularidad individual que con mayor frecuencia se verán afectados por conductas llevadas a cabo en el ámbito de la genética humana son: En actuaciones directas sobre la persona: la vida humana y la integridad personal,...sin desfigurar de modo alguno el concepto quedaría también incluida aquí la integridad genética en su dimensión personal. Lo más frecuente serán lesiones o puestas en peligro de la salud del individuo a consecuencia de la aplicación de esas técnicas sobre su cuerpo..."³⁰¹.

"...En el área de las manipulaciones genéticas llevadas a cabo en las distintas fases del desarrollo embrionario humano...estos casos entran ya en la

²⁹⁸ PERIS RIERA, JAIME MIGUEL, La Regulación Penal de la Manipulación Genética en España, Editorial Civitas S. A., Madrid, 1999, p. 99.

²⁹⁹ ALBERRUCHE DIAZ-FLORES, MERCEDES, La Clonación y Selección de Sexo: ¿Derecho Genético?, Editorial Dykinson, Madrid, 1998, p. 66.

³⁰⁰ BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Óp. Cit. p. 443.

³⁰¹ PERIS RIERA, JAIME MIGUEL, Óp. Cit., p. 100.

problemática de los posibles bienes colectivos a tutelar...En general, y dejando a un lado las consideraciones extremas influidas por contingentes posicionamientos morales o religiosos, hoy, aun admitiéndose pacíficamente que la vida humana, valorada como una realidad social necesaria, se ha convertido en un presupuesto “inequívocamente imprescindible” para la convivencia social,...se reconoce igualmente para ella una intensidad de tutela criminal diversa según la fase de desarrollo en la que esa vida se encuentre...”³⁰².

Cabe señalar que, “ en el periodo de desarrollo embriológico que va desde la anidación hasta el nacimiento, las conductas de manipulación genéticas realizadas directamente sobre ese material orgánico humano, podrán afectar a los bienes jurídicos vida en formación y la integridad de la misma...Eso no significa que el preembrión (preimplantatorio) carezca de valor y que por tanto no disponga de tutela...no será ya la vida o la integridad de ese material orgánico humano lo que se estará tutelando, sino otros bienes que, entran ya en la categoría de bienes de titularidad colectiva...”³⁰³.

“...Ahora ya no estamos hablando de supuestos en que la manipulación afecta directamente a la persona nacida o al embrión, se trata de casos en los que, con independencia del ataque directo a éstos, las acciones llevadas a cabo sobre ellos les trascienden y llegan a afectar a lo que se ha denominado por la doctrina especializada “la integridad genética de la humanidad...”³⁰⁴

Atento a la expuesto en líneas arriba, debemos señalar que, para los fines de este trabajo y/o efectos pedagógicos, utilizaremos el término o frase “integridad e inalterabilidad de la composición genética humana”, para concentrar y referirnos de modo general a las diferentes acepciones que la Doctrina da respecto de los bienes jurídicos relacionados con la manipulación genética en sus diferentes modalidades. Lo anterior sin detrimento del uso de una terminología particular que cada doctrinario tiene al respecto, y que como

³⁰² PERIS RIERA, JAIME MIGUEL, *Óp. Cit.*, p. 103.

³⁰³ *Ibidem*, p. 106.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 107.

parte de este trabajo podamos hacer uso también, toda vez que nuestra legislación penal vigente, como veremos, en la mayoría de los casos es análoga respecto a legislaciones extranjeras que utilizan dichos términos.

3.4.1. DISTINCIÓN ENTRE LOS BIENES JURÍDICO-PENALES Y BIENES JURÍDICOS RELACIONADOS CON LA MANIPULACIÓN GENÉTICA.

Empezaremos señalando que, “...La sociedad moderna en la que vivimos es una “sociedad de riesgos”, lo que constituye un postulado que puede asumirse como punto de partida,...los avances científicos desarrollados en aras a la neutralización de determinados focos de riesgo presuponen, en muchas ocasiones, el surgimiento y asunción de nuevos riesgos...Todo ello unido al proceso de globalización da lugar a lo que se ha denominado “sociedad de riesgo mundial”...Los ámbitos de acción individual han dado paso a contextos de carácter colectivo,...”³⁰⁵.

Hoy en día podemos observar que diversas sociedades organizadas bajo un sistema de Derecho, han identificado a la integridad e inalterabilidad de la composición genética humana como un bien jurídico común digno de protección, a través de los diferentes mecanismos formales existentes. En este punto cabe señalar que, “...el fenómeno de globalización económica mundial que se difunde desde los años 80, del siglo XX,...con la tercera revolución industrial científico y tecnológica...genero una comunidad más acelerada de conocimientos a nivel mundial, así como un rápido intercambio de bienes y servicios y la difusión de ideas o modelos a escala mundial.”³⁰⁶

En este sentido debemos señalar que, “...tradicionalmente el Derecho Penal se ha ocupado de proteger bienes jurídicos individuales, como la vida o el patrimonio personal, que equivalen a intereses concretos y delimitables,

³⁰⁵ **ROMAN QUIROZ, VERONICA.**, Evolución de la Política Criminal y Fenómenos Expansivos del Derecho Penal Posmoderno, en Política Criminal: La reducción del Estado Nacional y las Políticas Transnacionales de Seguridad, Segundo congreso Internacional de política criminal, México 2003, p. 104

³⁰⁶ **RELISA PALOMINO ALVAREZ**, Política Criminal, Derecho Interno e Internacional para una Legislación del Espionaje Informático, en Política Criminal: La reducción del estado Nacional y las Políticas Transnacionales de Seguridad, Segundo congreso Internacional de política criminal, México 2003, p. 159.

pertenecientes a sujetos perfectamente identificables.”³⁰⁷ Empero, “...Desde finales de la década de los sesenta se asiste en varios ordenamientos, si bien en circunstancias distintas, aun progresivo y aprobado interés por el análisis de bienes colectivos que frecuentemente interseccionan entre si y que están relacionados con la evolución tecnológica...”³⁰⁸. “Son intereses, bienes y valores que trascienden más allá de lo individual para erigirse, directamente, en objeto de protección que reclama toda la sociedad...”³⁰⁹.

En este orden de ideas, “...no solo tienen relevancia los intereses individuales centrados en el mantenimiento de la propia vida o del propio patrimonio, por ejemplo, sino que surgen intereses comunes, de colectivos más o menos difusos, dirigidos a mantener indemnes los bienes individuales de cada uno de sus integrantes frente a especiales formas de ataque que suponen una lesión o puesta en peligro de un número amplio e indeterminado de tales bienes...”³¹⁰ “...El medio ambiente, el patrimonio del erario público, la salud pública, son algunos de los bienes jurídicos que trascienden más allá de los intereses individuales. Constituyen el fundamento material de aquellos delitos en los que no aparece como afectado una o varias víctimas determinadas o determinables personas...sino que viene constituido por toda la sociedad”.³¹¹ Así mismo, “... deben considerarse estos intereses colectivos como bienes jurídicos en sí mismos considerados y no como una mera necesidad de protección penal frente a nuevas formas de agresión a bienes tradicionales, sino de lesión de bienes autónomos respecto de aquellos...”³¹².

Al respecto cabe señalar que, “...hay tipos penales que deben servir a la protección de varios bienes jurídicos. Estos pueden concretarse a través de uno o el mismo objeto del bien jurídico. De esta manera, por ejemplo, en el tipo del robo el dominio sobre la cosa encarna tanto el bien jurídico de la propiedad

³⁰⁷ **PUENTE ABA, LUZ MARÍA**, Protección Penal de los Intereses Difusos, en XVI Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional Mayor de San Carlos, Lima, Perú, 2004, P. 438.

³⁰⁸ **MOCCIA, SERGIO**, De la Tutela de Bienes a la Tutela de Funciones, en Política Criminal y Nuevo Derecho penal, José María Bosch, Barcelona 1997, p. 117.

³⁰⁹ **BORJA JIMENEZ, EMILIANO**, Curso de Política Criminal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p.195.

³¹⁰ **PUENTE ABA, LUZ MARÍA**, Op. Cit., p. 438.

³¹¹ **BORJA JIMENEZ, EMILIANO**, Op. Cit., p.195.

³¹² **BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F.**, Op. Cit. p. 444.

como el de la posesión. Un tipo penal puede, no obstante, poseer una estructura según la cual un comportamiento típico afecta a más de un objeto del bien jurídico concretado por los diferentes bienes jurídicos. En el caso del robo no es únicamente el dominio sobre la cosa el objeto del bien jurídico, sino, adicionalmente, encarna la posibilidad de un desarrollo libre de la voluntad, susceptible de ser menoscabada por el ejercicio de la violencia, que constituye el bien jurídico de la libertad personal protegido por esta norma. En este tipo penal el comportamiento típico, afecta por tanto a más de un bien jurídico...”³¹³

“...En tanto en cuanto un tipo penal puede servir realmente a la protección de varios bienes jurídicos y éstos se concreten en distintos objetos del bien jurídico, este tipo penal puede ser al mismo tiempo delito de lesión y delito de peligro...el hecho de que...bajo un solo tipo penal puedan ubicarse, dado el caso ambas categorías delictivas, no convierte en superflua su concreta delimitación...”³¹⁴

De manera que, “...Por un lado y como norma general, la penalización de la lesión de un objeto del bien jurídico se deja legitimar más fácilmente que únicamente la puesta en peligro abstracta. Por otro, aun cuando no sea condición suficiente, si constituye en todo caso condición necesaria para la legitimidad de la norma penal el que resulte adecuada para contrarrestar el menoscabo de un objeto del bien jurídico. En este sentido, resulta relevante que los objetos del bien jurídico que encarnan bienes jurídicos individuales puedan ser protegidos de manera efectiva a través de delitos de lesión y de peligro concreto, mientras que para la protección de objetos de bien jurídico incardinables bajo bienes jurídicos colectivos sólo entren en consideración en todo caso delitos de peligro abstracto...”³¹⁵.

“...Para los objetos del bien jurídico que concretan bienes jurídicos individuales es suficiente en la mayoría de los casos establecer la conducta

³¹³ SCHULENBURG, JOHANNA, Relaciones Dogmáticas entre Bien Jurídico, Estructura del Delito e Imputación Objetiva, en “La Teoría del Bien Jurídico”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2007, p. 358.

³¹⁴ Idem.

³¹⁵ SCHULENBURG, JOHANNA, Óp. Cit., p. 359.

dirigida al menoscabo como punto de referencia de una norma penal. Por el contrario, en los objetos del bien jurídico propios de los bienes jurídicos colectivos, la protección penal no tendrá en muchos casos sentido alguno si el punto de referencia de la prohibición lo constituyera ya la conducta dirigida al inmediato menoscabo. Si lo que se pretende es no llegar a esa situación, debe prohibirse ya la conducta que conlleve el riesgo de en conjunción con otras formas de comportamiento (dirigidas a un mismo resultado), dar lugar a dicha modificación... Si la protección penal de los bienes jurídicos colectivos ha de tener algún sentido, la misma debe situarse en la fase previa al menoscabo propiamente dicho. De otro modo la funcionalidad de una norma penal no tendrá capacidad jamás para fundamentar por si misma su legitimidad...”³¹⁶.

Debemos señalar que, en esta última aseveración no coincidimos con lo expresado por la autora, toda vez que deja de lado los caracteres de fragmentariedad, subsidiariedad y de ultima ratio, que se aglutinan dentro de lo que se denomina el Principio de intervención mínima del Derecho Penal.

En específico no concordamos con su propuesta de que, “si la protección penal de los bienes jurídicos colectivos ha de tener algún sentido, la misma debe situarse en la fase previa al menoscabo propiamente dicho”, ello porque “...cualquier desplazamiento de la línea de defensa que suponga un adelanto en la intervención del Derecho Penal, del momento de la ofensa al de la puesta en peligro conlleva una restricción de la libertad general de acción...”³¹⁷, además, “...en el mismo instante en que la punibilidad se motiva en función, no de la lesión del bien, sino en base a la forma típica en que ciertas acciones lo ponen en peligro, entramos en el ámbito de la “criminalización anticipada ”... donde el control penal...se convierte tendencialmente en una protección colateral del Derecho Administrativo...”³¹⁸.

De manera tal que, atendiendo a la subsidiariedad del Derecho Penal, podemos establecer que en el caso de los bienes jurídicos colectivos

³¹⁶ SCHULENBURG, JOHANNA, Op. Cit., p. 360.

³¹⁷ PERIS RIERA, JAIME MIGUEL, Op. Cit., p. 114.

³¹⁸ ibidem, p. 116.

relacionados con la manipulación genética, bastaran otros medios jurídicos cuya aplicación ha de retraer al Derecho Penal a un plano secundario, nótese aquí que dichos bienes jurídicos no los calificamos como bienes jurídico-penales, sino como bienes jurídicos, cuya protección se debe remitir a otras ramas del Derecho, luego entonces en el caso específico de los bienes jurídicos colectivos relacionados con la manipulación genética, consideramos que su tutela se debe remitir al Derecho Administrativo. Dejando al Derecho Penal la sanción de las conductas concretas que originan una efectiva lesión del bien jurídico-penal de la Integridad e inalterabilidad de la composición genética humana.

3.4.2. REFERENCIAS DOCTRINARIAS DEL BIEN JURIDICO RELACIONADO A LA FECUNDACIÓN OVULOS HUMANOS CON FIN DISTINTO A LA PROCREACIÓN.

En este punto de entrada la doctrina señala que estamos ante, "...una verdadera tipificación de la dignidad humana comunitaria, vertebrada desde el origen mismo de la especie humana, impidiendo la fecundación de óvulos humanos con finalidad distinta a la procreación. Si bien, la misma tutela penal debiera prohibirse hasta la implantación, constituyendo este periodo el germen previo al inicio del desarrollo evolutivo del individuo humano, observado este como un miembro más de la comunidad..."³¹⁹. "...el bien jurídico específico... (es la) intangibilidad del patrimonio genético humano,...la protección de la vida prenatal en sus primeras fases..."³²⁰.

3.4.3. REFERENCIAS DOCTRINARIAS DEL BIEN JURIDICO RELACIONADO CON LA CLONACIÓN HUMANA.

"...El bien jurídico protegido...se enmarca en el natural desarrollo de la especie humana, centrándose específicamente en la **propia identidad genética** de cada uno de los individuos que forman o van a formar la

³¹⁹ BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., *Óp. Cit.* p. 467.

³²⁰ ALBERRUCHE DIAZ-FLORES, MERCEDES *Óp. Cit.*, p. 69.

comunidad constituida por la especie humana...³²¹, en este sentido "...las actuaciones con finalidad reproductiva afectan de lleno al normal desarrollo de la especie..."³²², "...el bien jurídico específico...(es la) intangibilidad del patrimonio genético humano y la identidad e irrepetibilidad del ser humano, la protección de la vida prenatal en sus primeras fases..."³²³.

"... En la clonación no existe propiamente una manipulación genética, es decir, del ADN, pues estos quedan intactos, lo que sucede es que se repite o copia la misma información genética, esto es en lo que consiste la clonación..."³²⁴.

3.5. CONSIDERACIONES SOBRE LA LIBERTAD DE ELECCIÓN DE LA MUJER COMO BIEN JURÍDICO RELACIONADO CON LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Al respecto hay que decir que existen doctrinarios que clasifican como bienes jurídicos supraindividuales o difusos la libertad de elección de la mujer, por el hecho de ser afectados o puestos en peligro por la aplicación bien de una inseminación artificial o un implante de óvulos fecundados sin consentimiento de la mujer, integrándolos como parte de los bienes jurídicos como la integridad e inalterabilidad de la composición genética humana, con lo cual no estamos de acuerdo.

Estos doctrinarios postulan que, "...si bien con ello se tipifican conductas distintas, todas ellas van encaminadas con la reproducción asistida humana, imponiendo pautas de conducta que responden a una misma finalidad de protección y a unos mismos valores y criterios..."³²⁵. Deduciendo de ello que, "...el bien jurídico protegido es el mismo en ambos preceptos, si bien, las pautas de conducta que contienen las normas primarias se refiere a momentos

³²¹ BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Óp. Cit. p. 477.

³²² Ibidem. p. 478.

³²³ ALBERRUCHE DIAZ-FLORES, MERCEDES Óp. Cit., p. 69.

³²⁴ Ibidem., p. 73.

³²⁵ AGUADO, PAZ M^ª DE LA CUESTA, La Reproducción Asistida Humana sin Consentimiento, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 128.

y a actividades distintas...³²⁶. De forma tal que para esta corriente de pensamiento, "...se asignara a una persona individual (no titular del bien jurídico) unas determinadas funciones de protección de un bien jurídico macrosocial (supraindividual)...³²⁷.

Consideramos que, quienes comulgan con este planteamiento no distinguen la diferencia que hay entre uno y otro bien jurídico a proteger, ya que la libertad de elección de la mujer, es un bien jurídico individual, que se ve afectado o puesto en peligro a través de la realización de una inseminación artificial, un implante o extracción de óvulos sin su consentimiento.

"...El bien jurídico tutelado en este tipo es una vertiente de la libertad de la mujer...se puede plantear que esta es la libertad de procreación...Sin embargo esto no es completamente correcto, puesto que lo que se está tutelando es la libertad de someterse o no a alguna de las técnicas de reproducción asistida...³²⁸. "...La manipulación genética no tiene nada que ver con el atentado a la libertad de la mujer de someterse o no a una técnica de reproducción asistida...³²⁹. En definitiva "...El bien jurídico protegido no es otro que la libertad de ejecutar lo previamente decidido por el sujeto pasivo...³³⁰.

3.6. CONSIDERACIONES SOBRE LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN DE LAS CELULAS GERMINALES COMO BIEN JURÍDICO RELACIONADO CON LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Este último aplica tocante a la decisión de los individuos respecto a cómo disponer de sus células germinales, las cuales en definitiva están por su naturaleza destinada a la procreación, pero que sin embargo una vez fuera del cuerpo que las produjo pueden tener otros usos o fines distintos a los determinados por el sujeto productor o donante, según sea el caso, tales como

³²⁶ **Ibíd**em p. 129.

³²⁷ **Ibíd**em, p. 133.

³²⁸ **BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F.**, Óp. Cit. p. 484.

³²⁹ **Ibíd**em., p. 483.

³³⁰ **ALBERRUCHE DIAZ-FLORES, MERCEDES** Óp. Cit., p. 74.

la experimentación o la misma procreación pero sin consentimiento de quien produjo dichas células. Casos en los cuales la protección del bien jurídico se da respecto a la decisión tomada o la no vulneración de la libertad de elección hecha o el consentimiento otorgado, por el sujeto que natural y legítimamente puede mejor disponer de dichas células. Ejemplo de ese uso o disposición de células germinales sin consentimiento del sujeto que las produjo es el caso del tenista alemán Boris Becker, quien después de tener una relación sexual, con una sexoservidora, usando preservativo, esta última dispuso, sin consentimiento del esperma que aquel deposito en el preservativo, para posteriormente utilizarlo e inseminarse artificialmente, quedando embarazada, dando a luz posteriormente a una niña, “hija biológica” del tenista, el cual fue sujeto a un proceso judicial por parte de la sexoservidora, quien le exigió el reconocimiento de la paternidad y el pago de pensión alimenticia.

CAPITULO 4.

MARCO JURÍDICO-PENAL DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA MANIPULACIÓN GENÉTICA EN EL DERECHO MEXICANO.

Antes de entrar de lleno en este capítulo cuarto, debemos señalar que no es la intención de este trabajo el de hacer una ponderación de los procesos genéticos, las técnicas de reproducción asistida o la disposición de células germinales, y si en cambio, sentar bases para proveer la regulación penal de las conductas ilícitas que se cometan a través de estos, las cuales se han de presentar en breve en nuestra sociedad.

Por ello este trabajo, tratara de mostrar y analizar las normas jurídicas que desde nuestro punto de vista se relacionan y orientan con la protección penal de los bienes jurídicos relacionados con las técnicas de reproducción asistida y la manipulación genética. De forma tal que podamos tener una visión integral de la situación actual de dichos bienes jurídicos dentro del marco Jurídico-Penal mexicano, y así poder sustentar la propuesta del presente trabajo, la cual consiste en comprobar que en atención a la importancia de los bienes jurídicos de la integridad e inalterabilidad de la composición genética humana, la libertad de los individuos de disponer de sus células germinales, así como la libertad de elección de la mujer a someterse alguna técnica de reproducción asistida, las conductas delictivas que los lesionan o ponen en peligro deben ser reguladas a nivel federal.

4.1. ARTÍCULOS 14 PARRAFO TERCERO, 40, 73 FRACCIÓN XXI, 104 FRACCIÓN I y 124 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Debemos hacer hincapié en que, dentro de nuestro máximo ordenamiento legal, no encontramos dispositivo alguno en el cual se refiera o establezca de manera específica las directrices a seguir en materia de técnicas de reproducción asistida y de la manipulación genética. Empero en nuestra Constitución se establecen diversas normas que, de forma directa o indirecta,

dan los lineamientos a seguir en materia penal, respecto al establecimiento de las conductas ilícitas, mismas que mostraremos a continuación.

En este orden de ideas, al hablar sobre conductas delictivas, para los fines de este trabajo, debemos recordar lo que establece el párrafo tercero del artículo 14 constitucional el cual a la letra dice, "...En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

Este párrafo tercero, "nos permite distinguir (...) dos preceptos que la conforman: el primero, relativo a la aplicación exacta de la ley al hecho que se juzga (garantía de taxatividad concreta) y el segundo, referente a la prohibición analógica de imponer pena alguna sino está expresamente prevista en la ley que se va aplicar. Ambos mandatos están dirigidos al juzgador...Sin embargo, existe otro tipo de taxatividad, aquella conocida como abstracta que se hace consistir en la exacta elaboración de la ley, (NULLUM CRIMEN SINE LEGGE)".³³¹ El medio para concretizar este principio lo es, "...la tipificación de los ilícitos penales, que no es más que el precipitado técnico que versa sobre un molde de norma o diseño penal y la figura típica que emerge de dicho proceso legislativo..."³³²

Al respecto hablando de los tipos penales, cabría señalar que, "...debe ser el poder legislativo el que establezca los delitos y las penas, y que conviene consultar previamente los diversos ordenamientos legales, según se trate de delitos del fuero común o federal, de esta manera, se podrá evitar la creación de tipos penales de forma desordenada"³³³.

Por cuanto hace al artículo 40 de nuestra Constitución este establece, "...Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República

³³¹ OJEDA VELAZQUEZ, JORGE, Derecho Constitucional Penal, tomo I, Editorial Porrúa, México 2007, p. 178.

³³² *Ibidem*, Óp. Cit., p. 179.

³³³ SEMPÉ MINVIELLE, CARLOS, Técnica Legislativa y Desregulación, Editorial Porrúa, México 1997, p. 90.

representativa, democrática, federal, compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental...”, debemos señalar que, “...República o respublica, significa “lo que a todos concierne”, “lo que a todos atañe”: el gobierno de la comunidad como algo en lo que tienen que ver todos aquellos que pertenecen a esa comunidad...”³³⁴; en tanto que el término representativa, “... se inscribe en la idea de que todo el pueblo no puede, a la vez, ejercer su soberanía y que, en consecuencia necesita nombrar representantes que decidan por él y para él...la palabra democrática implica que por su origen etimológico, el poder del pueblo...quiere decir que el pueblo debe manifestar su voluntad mediante el voto para que sus representantes obtengan legitimidad y tengan la capacidad para resolver por todos como una voluntad conjunta de la república...”³³⁵. Respecto al concepto Federal, “...tiene que ver con una distribución territorial del poder. La Federación fue un invento de los norteamericanos cuando tenían que conciliar los distintos intereses de los territorios...”³³⁶, “...El federalismo fue la fórmula, adaptada a la realidad mexicana para conseguir un fin similar al que le dio origen en Estados Unidos: unir lo que estando realmente desunido en la práctica y jurídicamente unido por la colonia, tenía que permanecer unido por una especie de instinto de conservación...”³³⁷, “...De esta manera se distribuían competencias entre las resoluciones concretas del poder local y las del ámbito nacional...”³³⁸.

Atento a lo anterior, y para efectos de este trabajo, tenemos que “...derivado de la voluntad de constituirse en una república federal, compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de nuestra Constitución, a) Existen dos competencias o ámbitos de atribuciones: el federal y el local; b) La competencia federal es una esfera de atribuciones regulada por diversas leyes federales, propia de autoridades federales y que tiene como ámbito espacial de aplicación todo el territorio nacional; c) La competencia

³³⁴ **ANDRADE SANCHEZ, EDUARDO**, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada, Tomo I, Editorial Porrúa, México 1999, p. 484.

³³⁵ **Ibidem.**, Óp. cit, p. 485.

³³⁶ **Ibidem.**, Óp. cit, p. 487.

³³⁷ **Ibidem.**, Óp. cit, p. 488.

³³⁸ **Ibidem.**, Óp. cit, p. 487.

local, es el conjunto de atribuciones regidas por leyes locales y que corresponde ejercer a las autoridades de los Estados de la Unión y a las del Distrito Federal en sus respectivos territorios...”³³⁹. En este entendido, “...la extensión del concepto de soberanía aplicada a los estados de la federación, este se manifiesta a través de dos capacidades decisorias...la de darse sus propias leyes en las materias sobre las que no legisla la Federación y elegir sus gobernantes...En cuanto a la capacidad de legislar, esta aparece en primer término como una facultad para dictar la Constitución local, esto es, la norma suprema del estado...”³⁴⁰. “...De la Constitución local derivan las leyes que requieren los asuntos cuya competencia corresponde a las autoridades estatales...”³⁴¹.

De lo que podemos señalar que en atención a la existencia de las competencias federal y local, tendremos delitos federales y comunes, “...serán delitos del orden federal aquellas conductas que afecten los intereses de la federación; estructura, funcionamiento y patrimonio...”³⁴², serán delitos comunes los que, “...afectan los intereses particulares, de civiles o de los gobiernos locales...”³⁴³. Consideramos entonces que, al existir materias en las que la Federación no esté facultada para legislar penalmente de forma exclusiva, habrán como señala el maestro OSORIO Y NIETO normas penales federales y locales que podrán concurrir en forma paralela en la regulación de una misma materia, como sucede en el caso de las técnicas de **reproducción** asistida y la manipulación genética. En este orden de ideas cabe decir que, “...la dispersión que ocasiona da lugar a que existan múltiples tipos penales aplicables para una misma conducta, lo que va en contra de una sana política criminal y dificulta la clasificación del delito...”³⁴⁴.

Finalmente cabe resaltar lo que señala el maestro MINVIELLE, “...Se debe respetar cabalmente nuestro sistema federal, sin embargo, hay que evitar en la medida de lo jurídicamente posible, las duplicidades derivadas de la

³³⁹ OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO, Delitos Federales, Editorial Porrúa, México 2008, p. 16.

³⁴⁰ ANDRADE SANCHEZ, EDUARDO, Óp. cit, p. 490.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 491.

³⁴² OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO, Óp. Cit., p. 19.

³⁴³ *Ídem*.

³⁴⁴ SEMPÉ MINVIELLE, CARLOS, Óp. Cit., p. 91.

dualidad gobierno Federal-Estatal...De manera que se debe de respetar plenamente la soberanía de cada estado, pero ello no significa que la solución sea la multiplicidad de leyes en el país.”³⁴⁵

Respecto a la fracción XXI del artículo 73 constitucional establece que, “...Artículo 73.- El Congreso tiene facultad: ... fracción XXI. Para establecer los delitos y faltas contra la federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse. Las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del fuero común, cuando estos tengan conexidad con delitos federales. En las materias concurrentes previstas en esta Constitución, las leyes federales establecerán los supuestos en que las autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales...”. De lo que podemos señalar que en este artículo, “...se concede al Congreso de la Unión facultad para legislar en todas aquellas materias que son esenciales al desarrollo y progreso de nuestro país,...dejando a las entidades federativas el que legislen en todas aquellas materias que la propia Constitución no reserva a favor del poder Legislativo Federal...”.³⁴⁶ En este sentido, “...la facultad para legislar en materia penal que tiene el Congreso de la Unión, solo se justifica en la medida en que por medio de esas normas se procure el bien estar de la sociedad, es decir, cada norma penal debe tutelar un bien jurídico fundamental para el individuo y la sociedad”.³⁴⁷

Por otro lado tenemos la fracción I del artículo 104 constitucional que dispone, “...Artículo 104. Corresponde a los tribunales de la Federación conocer: I. De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de las leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. Cuando dichas controversias solo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal...”. En este sentido “...las citadas controversias no ofrecen ningún problema, puesto que resulta lógico que si tenemos,(...) dos

³⁴⁵ **SEMPÉ MINVIELLE, CARLOS**, Óp. Cit., p. 115.

³⁴⁶ **HERNANDEZ, MARIA DEL PILAR**, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada, Tomo II, Editorial Porrúa, México 1999, p. 782.

³⁴⁷ **DÍAZ ARANDA, ENRIQUE**, Óp. Cit., P. 184.

órdenes de tribunales, a los de carácter federal corresponde la competencia para resolver los conflictos derivados de la aplicación de leyes de carácter también federal...Por el contrario la jurisdicción concurrente(...) ha tenido por objeto evitar el rezago de los tribunales federales, al encomendar a los de carácter local el conocimiento de las controversias en las cuales solo se afecten intereses particulares...”³⁴⁸.

Sin embargo consideramos que esto aplica en el caso, por ejemplo, de la Legislación en materia de comercio en la cual, “...las controversias mercantiles, que en nuestro ordenamiento tienen el carácter de federal, se someten a los jueces y tribunales locales...”³⁴⁹, en el entendido de que los actos que regula afectan única y exclusivamente a particulares, aunado a que como sabemos cuenta con una legislación sustantiva única y uniforme en la materia, el Código de Comercio, no concurriendo con él, ya que no existen, códigos de comercio locales.

Caso contrario a lo que sucede en materia penal y específicamente en conductas ilícitas relacionadas con técnicas de reproducción asistida y la manipulación genética, las que como vimos afectan bienes jurídicos como la integridad e inalterabilidad de la composición genética humana, bien jurídico cuyo daño o puesta en peligro afecta de manera directa e indirecta a la totalidad de individuos integrantes de un país, aunado también a que no se cuenta con una legislación única y uniforme, concurriendo en su regulación tanto legislaciones federales y locales como veremos más adelante.

Finalmente en el artículo 124 constitucional que a la letra dice, “...Artículo 124. Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados...”, de lo que podemos apreciar que, “...existe una clara división de competencias entre la Federación y las entidades federativas, todo aquello que no esté expresamente atribuido a la federación es competencia de la entidad

³⁴⁸ **FIX-ZAMUDIO, HECTOR**, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada, Tomo II, Editorial Porrúa, México 1999, p. 1040.

³⁴⁹ **Ibidem**, p. 1043.

federativa...”, y en base a ello podemos señalar que en materia penal, “...así como los poderes federales solo realizan las atribuciones que expresamente les otorga la Constitución Federal, así solo los delitos que afecten a la federación, y que expresamente se encuentren previstos como tales en los ordenamientos de esa competencia serán delitos federales...”³⁵⁰.

4.2. ARTICULO 466 DE LA LEY GENERAL DE SALUD.

En el año 1984 se creó la Ley General de Salud que abrogó al denominado Código Sanitario su antecesor. Dicha ley fue creada de manera tal que permitiera dar progresiva efectividad al derecho de la protección de la salud en todo el país. La salud se decía en su exposición de motivos, “...no sólo es un valor biológico, sino que es un bien social y cultural que el Estado no puede proteger, ni acrecentar, ni restaurar sin la participación de la sociedad y del hombre en lo particular...En ese terreno, la libertad individual halla espacio muy amplio para sustraerse de normas tutelares y para hacer ineficaces dispositivos burocráticos...”³⁵¹.

La exposición de motivos establecía que, se crearía de conformidad con las disposiciones aplicables una comisión de investigación y otra de ética, cuando se realizaran investigaciones en seres humanos y una más de bioseguridad que se encargará de regular el uso de radiaciones ionizantes o las técnicas de ingeniería genética.

Ponía de manifiesto la exposición de motivos que, “...de conformidad con el principio de Supremacía Constitucional plasmado en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se sistematizara y modernizara, con apego al reglamento sanitario internacional, las disposiciones legales en materia de sanidad internacional, que es uno de los contenidos de salubridad general que serán de la competencia federal...”³⁵².

³⁵⁰ OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO, Óp. Cit., p. 18.

³⁵¹ PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Óp. Cit., MÉXICO 2003.

³⁵² Idem.

Concluía la Iniciativa con el capítulo de delitos en materia de salud, recogiendo las figuras establecidas en el abrogado Código Sanitario y adicionando entre otros los casos de inseminación artificial sin consentimiento o aunque exista éste, si se trata de un menor o incapaz. El contenido penal de la Iniciativa se apego en ese entonces a las modernas técnicas legislativas integrantes del derecho penal mexicano a fin de que estuviese acorde con la legislación penal de nuestro país.

Fue así como en el artículo 466 de la citada Ley , por primera vez, se reconoció la importancia del bien jurídico de la libertad de elección mismo que se estimo seria dañado o puesto en peligro a través de la realización de una inseminación artificial sin consentimiento de la mujer, cuyo texto original a la fecha sigue vigente, y que a la letra establece;

“...ARTICULO 466.- 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 aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años. La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge...”.

4.3. EL ARTÍCULO 420-TER DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.

Nuestro código Penal Federal, en palabras del maestro GONZALEZ DE LA VEGA, “... en tanto instrumento monovalente regulador tan sólo del ámbito de la Federación, desde el punto de vista criminal, es de reciente vigencia, pues al expedirse en 1931 presento un aspecto ambivalente, regulando a toda le república en materia del Fuero Federal y al Distrito Federal en materia común...”³⁵³.

Lo anterior rigió hasta 1999, ya que, “...el 18 de mayo de 1999 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* un decreto mediante el cual "se reforman diversas disposiciones en materia penal". La reforma modifica, de

³⁵³GONZALEZ DE LA VEGA, RENÉ, Tratado sobre la Ley Penal Mexicana, Tomo I, Editorial Porrúa, México 2003, p. 31.

manera expresa, la denominación del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, para llamarle "Código Penal Federal". Además, se dispuso, en el artículo 1o., que dicho Código "se aplicará en toda la República para los delitos del orden federal..."³⁵⁴.

En este sentido respecto al tema materia del presente trabajo, tenemos que, dicho código el 06 de febrero de 2002 adiciono su Título Vigésimo Quinto, denominado de los Delitos contra el Ambiente y la Gestión Ambiental, el cual en su Capítulo Tercero de la Bioseguridad, incluye el Artículo 420 ter., que a la letra establece:

420-Ter- Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa, a quien en contravención a lo establecido en la normatividad aplicable, introduzca al país, o extraiga del mismo, comercie, transporte, almacene o libere al ambiente, algún organismo genéticamente modificado que altere o pueda alterar negativamente los componentes, la estructura o el funcionamiento de los ecosistemas naturales. Para efectos de este artículo, se entenderá como organismo genéticamente modificado, cualquier organismo que posea una combinación nueva de material genético que se haya obtenido mediante la aplicación de la biotecnología, incluyendo los derivados de técnicas de ingeniería genética.

4.4. LEGISLACIONES LOCALES.

A continuación veremos el tratamiento jurídico penal que se ha dado para proteger los bienes jurídicos relacionados con las técnicas de reproducción asistida y la manipulación genética en la legislación penal de algunas entidades federativas, lo anterior en virtud de las particularidades que, como veremos, cada caso presenta. Al respecto cabe señalar que de las treinta y un entidades que integran los Estados Unidos Mexicanos, solo en catorce de ellos y en el Distrito Federal, existe cierta regulación penal sobre la materia.

³⁵⁴ **ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, OLGA, El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal**, en www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/98/el/e110/htm.

4.4.1. ARTÍCULOS 56 Y 57 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE AGUASCALIENTES.

Empezaremos este punto con el Código Penal del Estado de Aguascalientes, el cual en la fracción VIII de su artículo 57, en relación con su artículo 56, establece cierto tipo de conductas delictivas relacionadas con la Responsabilidad Profesional Médica, los cuales se encuentran en su Parte Especial, Título Sexto, Capítulo Primero de los Tipos Penales Protectores del Ejercicio Profesional.

Tipos Penales Protectores del Ejercicio Profesional

Artículo 56.- La Responsabilidad Técnica y Profesional consiste en el incumplimiento de las obligaciones sobre la materia correspondiente, a cargo de profesionistas o técnicos y sus auxiliares, cuando provoquen daño o afectación en otra persona. Al responsable de la comisión de la presente figura típica se le aplicarán de 6 meses a 3 años de prisión, de 10 a 50 días multa, al pago total de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados, y suspensión del ejercicio profesional correspondiente de 6 meses a 1 año.

Artículo 57.- La Responsabilidad Profesional Médica consiste en:

VIII. Utilizar un óvulo o esperma para procrear sin que quien lo produjo otorgue su consentimiento o con su consentimiento tratándose de un menor de dieciocho años de edad o incapaz de comprender el significado del hecho.

Al responsable de la comisión de la presente figura típica se le aplicarán de 1 a 3 años de prisión, de 50 a 200 días multa, al pago total de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados y de 6 meses a 3 años de inhabilitación para ejercer su profesión.

4.4.2. ARTÍCULOS 184 AL 190 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE CHIAPAS.

Por cuanto hace al Código Penal del Estado de Chiapas, encontramos en su Libro Segundo, Parte Especial, su Título Segundo denominado Procreación Asistida, Inseminación Artificial y Manipulación Genética, que a su

vez se divide en dos Capítulos, abarcando el primero los artículos del 184 al 188 y su capítulo II los artículos del 189 al 190.

Procreación Asistida e Inseminación Artificial

Artículo 184.- A quien disponga de óvulos o espermatozoides para fines distintos a los autorizados por sus donantes, se le impondrán de tres a seis años de prisión y de cincuenta a quinientos días multa.

Artículo 185.- A quien sin consentimiento de una mujer mayor de 18 años o con el consentimiento de una menor de edad o de un incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial se le impondrán de tres a siete años de prisión. Si la inseminación se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, se impondrán de cinco a quince años de prisión.

Artículo 186.- Se impondrán de cuatro a siete años de prisión, a quien implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o espermatozoides de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo. Si el delito se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, la pena aplicable será de cinco a quince años de prisión.

Artículo 186 Bis.- A quien sin el consentimiento de una persona y a través de cualquier medio, le provoque esterilidad. Este delito se sancionará con una pena de cuatro a siete años de prisión y sanción pecuniaria de cuarenta a ciento veinte días de salario mínimo, más la reparación del daño.

Artículo 187.- Además de las penas previstas en este capítulo, la autoridad jurisdiccional podrá imponer a los responsables la suspensión para ejercer la profesión, o, en caso de tratarse de servidores públicos, la destitución e inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.

Artículo 188.- Cuando entre el activo y la pasivo exista relación de matrimonio, concubinato o relación de pareja, los delitos previstos en este capítulo se perseguirán por querrela.

Manipulación Genética

Artículo 189.- Se impondrán de dos a seis años de prisión, inhabilitación y suspensión por igual término para desempeñar cargo o comisión públicos, profesión u oficio, a los que: I. Con la finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo. II. Fecunden óvulos humanos, con cualquier fin distinto al de la procreación humana. III. Creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.

Artículo 190.- Si resultaren hijos a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en este Título, la reparación del daño comprenderá además, el pago de alimentos para éstos y para la madre en los términos que establezca la legislación civil.

4.4.3. ARTÍCULO 248 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE CHIHUAHUA.

En esta legislación establece en su Libro Segundo, Parte Especial, Título Decimo Cuarto, denominado de los Delitos contra la Libertad y seguridad sexuales, el Capítulo V de la Inseminación Artificial Indebida, el artículo 248.

Inseminación Artificial Indebida

Artículo 248.- Al que sin consentimiento de una mujer o con el consentimiento de una menor no emancipada o una incapacitada con manifiesto trastorno mental, practique en ella inseminación artificial, se le aplicara prisión de dos a seis años y multa de treinta a ochenta veces el salario.

4.4.4. ARTÍCULO 383 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE COAHUILA.

Por lo que respecta al Código Penal del Estado de Coahuila, en su Libro Segundo, Parte Especial, Título Segundo de los Delitos contra la Libertad y Seguridad Personal, Capítulo Sexto de la Violación a la Intimidad Personal o Familiar, a los Derechos de la Personalidad y a la Dignidad e Igualdad de las Personas, encontramos el artículo 383, donde se establecen las sanciones y figuras típicas de manipulación genética y de inseminación artificial indebida, mismo que se transcribe a continuación.

ARTÍCULO 383. SANCIONES Y FIGURAS TÍPICAS DE MANIPULACIÓN GENÉTICA Y DE INSEMINACION ARTIFICIAL INDEBIDA. Se aplicará prisión de dos a seis años y multa, a quien:

- I.- Modifique artificialmente el genoma de una célula reproductora humana.
- II.- Utilice con propósito de fecundación células reproductoras humanas con un genoma modificado artificialmente.
- III.- Asocie en una unidad celular embriones con genomas diferentes, cuando por lo menos uno de ellos sea humano.
- IV.- Produzca un embrión diferenciado mediante la fecundación de un óvulo humano con espermatozoides de un animal, o de un óvulo animal con el espermatozoides de un ser humano.
- V.- Implante uno de los embriones a que se refieren las fracciones anteriores a una mujer o a un animal.
- VI.- Implante un embrión humano a un animal.
- VII.- Realice una hibridación en la que por lo menos una de las células sea humana; o una clonación con célula humana; salvo que sólo se trate de obtener en forma aislada tejido con claro propósito de rehabilitación terapéutica.
- VIII.- Use células humanas con fines de reproducción con un genoma modificado artificialmente.

Las sanciones mínimas y máximas del primer párrafo de este artículo, se aumentarán en un tercio: A quien sin consentimiento de una mujer mayor de

dieciocho años de edad; con o sin el consentimiento de una menor de esa edad o incapaz; practique en ella inseminación artificial. Si como resultado de la conducta se produce embarazo, se aplicará prisión de cuatro a diez años y multa. Se aumentarán en una mitad más los mínimos y máximos de las sanciones: Si en el implante o la inseminación que prevén estas fracciones se utiliza violencia contra la mujer.

4.4.5. ARTÍCULOS 149 AL 155 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El Código Penal para el Distrito Federal incluye en su Libro Segundo Parte Especial, un Título denominado de la Procreación Asistida, Inseminación Artificial y Manipulación Genética, que a su vez se divide en dos capítulos el primero denominado Procreación Asistida e Inseminación Artificial y el segundo denominado Manipulación Genética, mismos que comprenden los artículos del 149 al 153 y 154 al 155 respectivamente.

Procreación Asistida e Inseminación Artificial

ARTÍCULO 149. A quien disponga de óvulos o esperma para fines distintos a los autorizados por sus donantes, se le impondrán de tres a seis años de prisión y de cincuenta a quinientos días multa.

ARTÍCULO 150. A quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, se le impondrán de tres a siete años de prisión. Si la inseminación se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, se impondrá de cinco a catorce años de prisión.

ARTÍCULO 151. Se impondrá de cuatro a siete años de prisión a quién implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o esperma de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para

resistirlo. Si el delito se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años.

ARTÍCULO 152. Además de las penas previstas en el capítulo anterior, se impondrá suspensión para ejercer la profesión o, en caso de servidores públicos, inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, así como la destitución.

ARTÍCULO 153. Cuando entre el activo y la pasivo exista relación de matrimonio, concubinato o relación de pareja, los delitos previstos en los artículos anteriores se perseguirán por querrela.

Manipulación Genética

ARTÍCULO 154. Se impondrán de dos a seis años de prisión, inhabilitación, así como suspensión por igual término para desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio, a los que: I. Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo; II. Fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana; y III. Creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.

4.4.6. ARTÍCULOS 183 AL 188 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE DURANGO.

Por lo que respecta al Código Penal del Estado de Durango, en sus artículos del 183 al 188 establece las penas en la materia, preceptos que se encuentran en su Libro Segundo, Título primero de los delitos contra las personas, Subtítulo Cuarto, Capítulo I denominado de la Procreación Asistida e Inseminación Artificial y Capítulo II de la Manipulación Genética.

Procreación Asistida e Inseminación Artificial.

Artículo 183. A quien disponga de óvulos o esperma para fines distintos a los autorizados por sus donantes, se le impondrá de tres a seis años de prisión y multa de doscientos dieciséis a cuatrocientos treinta y dos días de salario.

Artículo 184. A quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aún con el consentimiento de una menor de edad de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, se le impondrán de dos a seis años de prisión y multa de ciento cuarenta y cuatro a cuatrocientos treinta y dos días de salario.

Artículo 185. Se impondrá de cuatro a siete años de prisión y multa de doscientos ochenta y ocho a quinientos cuatro días de salario, a quien implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo o esperma de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente o del donante o con el consentimiento de menor de edad o de incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo. Si del delito resulta un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años de prisión y multa de trescientos sesenta a mil ocho días de salario.

Artículo 186. Además de las penas previstas, se impondrá suspensión para ejercer la profesión y, en caso de servidores públicos, además inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, así como la destitución del empleo, cargo o comisión público.

Artículo 187. Si resultan hijos a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en el presente capítulo, la reparación del daño comprenderá además, el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil.

Manipulación Genética

Artículo 188. Se impondrán de dos a seis años de prisión y multa de ciento cuarenta y cuatro a cuatrocientos treinta y dos días de salario, suspensión e inhabilitación por igual término al de la pena de prisión impuesta para desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio, a los que:

I.-Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo;

II. Fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana; y

III. Realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos

4.4.7. ARTÍCULOS 147 AL 148-BIS DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUERRERO.

El Código Penal del Estado de Guerrero, establece dentro de su Título VIII de los Delitos contra la Libertad Sexual, su Capítulo VI de la Fecundación a través de Medios Clínicos y Capítulo VII de las Disposiciones Comunes, mismos que abarcan sus artículos 147 al 148-Bis.

Fecundación a través de Medios Clínicos

147.- Al que sin consentimiento de una mujer mayor de edad, o con el consentimiento de una incapaz, realice en ella una fecundación a través de medios clínicos, se le aplicará de dos a seis años de prisión y multa de cincuenta a doscientos días. La pena se aumentará hasta en una mitad más si la fecundación se realiza con violencia.

147 A.- Se aumentará hasta en una mitad la pena prevista en el artículo anterior, si la fecundación realizada: I.- Produzca un ser deforme; II.- Se realice por persona que no cuente con un título médico, y III.- Se lleve a cabo por dos o más personas.

Disposiciones Comunes

148.- Los delitos previstos en este Título serán perseguibles por querrela, con excepción de la violación y los abusos deshonestos a que elude (sic) el segundo párrafo del artículo 143 y la fracción II del artículo 144.

148 BIS.- Cuando a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en los capítulos I, III, V y VI de este Título; resulten hijos, la reparación del daño comprenderá el pago de alimentos para éstos y para la madre en los términos que fija la Ley de Divorcio y la Legislación Civil.

4.4.8. ARTÍCULOS 182 Y 190 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE HIDALGO.

El Código Penal del Estado de Hidalgo incluye dentro de su Título V Denominado de los Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Sexual, los Capítulos II del Embarazo no Deseado a través de Medios Clínicos y VI de las Disposiciones Comunes para los Delitos contra la libertad y el Normal Desarrollo Sexual, que abarcan los artículos 182 y 190.

Embarazo no Deseado a través de Medios Clínicos

ARTICULO 182.- Al que sin consentimiento de una mujer mayor de edad o aún con el consentimiento de una menor o persona que por cualquier causa no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o posibilidad para resistir la conducta delictuosa, realice en ella un embarazo a través de medios clínicos, se le aplicará prisión de dos a seis años y multa de 10 a 60 días. La punibilidad se aumentará una mitad, si se ejerce violencia en contra del pasivo del delito. Este delito se perseguirá por querrela, sólo cuando no se hubiera ejercido violencia y la ofendida fuere mayor de edad con capacidad para comprender el significado del hecho y posibilidad para resistirlo.

Disposiciones Comunes para los Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Sexual

ARTICULO 190.- En los delitos a que se refieren los capítulos I, II, IV y V de este título la reparación del daño comprenderá, en los términos del Código Familiar, el pago de alimentos a la mujer y a los hijos que hayan resultado de la relación sexual ilícita, sin que se requiera y sin que implique declaración sobre la paternidad para efectos puramente civiles. Tratándose del delito de violación, comprenderá además la reparación del daño psicosomático causado al ofendido.

4.4.9. ARTÍCULOS 251-BIS Y 251-TER DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

En esta legislación se integra en su Libro Segundo, Parte Especial, Título Tercero de los Delitos contra las Personas, el Subtítulo Primero de Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal, que se subdivide en los Capítulos VI Manipulación Genética y Capítulo VII Disposición de Células y Procreación Asistida, artículos 251-bis y 251-ter, los cuales se transcriben a continuación.

Capítulo VI.- Manipulación Genética

Artículo 251 BIS.- Se impondrán de dos a seis años de prisión, inhabilitación hasta por el mismo tiempo para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos, profesión u oficio y multa hasta de trescientos días de salario, a quien:

- I.- Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipule genes humanos de manera que se altere el genotipo;
- II. Fecunde óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana;
- o
- III. Mediante la clonación u otros procedimientos, pretendan la creación de seres humanos.

CAPITULO VII

DISPOSICION DE CELULAS Y PROCREACION ASISTIDA

Artículo 251 TER.- Se impondrán de dos a siete años de prisión y quinientos días de multa a quien: I. Disponga de óvulos o esperma para fines distintos a los autorizados por sus donantes o depositarios;

II. Implante a una mujer un óvulo fecundado, sin su consentimiento o sin el de los donantes o depositarios, aún con el consentimiento de una menor de edad o de un incapaz para comprender el hecho o para resistirlo. Este delito se perseguirá por querrela. Si el delito se realiza con violencia o del mismo resultare un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años de prisión y multa hasta de quinientos días de salario. Además de las penas previstas, se impondrá privación del derecho para ejercer la profesión por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta. Si se trata de servidores

públicos, se impondrán también, en los mismos términos, la destitución e inhabilitación de catorce a diecinueve años para el desempeño de empleo, cargo o comisión públicos.

4.4.10. ARTÍCULO 157 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MORELOS.

El Código Penal del Estado de Morelos incluyó la regulación de conductas delictivas relativas o derivadas de una inseminación artificial dentro de su Título VII Denominado de los Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual, Capítulo II de la Inseminación artificial sin Consentimiento, en su artículo 157. A continuación se transcribe de manera íntegra el texto del artículo relativo:

ARTICULO 157.- Al que sin consentimiento de una mujer mayor de edad, o con el consentimiento de una menor o incapaz, practique en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de quince a veinte años. Si como resultado de la conducta se produce embarazo, se impondrá prisión de veinte a veinticinco años. Si la inseminación se realiza con violencia, se impondrá a los autores una pena de veinticinco a treinta años de prisión.

4.4.11. ARTÍCULOS 146 AL 150 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE QUERÉTARO.

Esta Legislación establece en su cuerpo normativo dentro de su Libro Segundo Parte Especial, en su Sección Primera denominada Delitos contra el individuo, el Título denominado Delitos contra la Vida y Salud Personal, que a su vez incluye el Capítulo Sexto relativo a la Procreación asistida e inseminación artificial, mismo que abarca los artículos del 146 al 150.

Procreación Asistida e Inseminación Artificial

Artículo 146. A quien disponga de óvulos o espermatozoides para fines distintos a los autorizados por sus donantes, se le impondrán de tres a seis años de prisión y de cincuenta a quinientos días multa.

Artículo 147. A quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años, o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, se le impondrán de tres a siete años de prisión. Si la inseminación se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, se impondrá de cinco a catorce años de prisión.

Artículo 148. Se impondrá de cuatro a siete años de prisión a quien implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o espermatozoide de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo. Si el delito se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años de prisión.

Artículo 149. Además de las penas previstas en el Capítulo anterior, se impondrá suspensión para ejercer la profesión o, en caso de servidores públicos, inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, así como la destitución.

Artículo 150. Cuando entre el sujeto activo y el sujeto pasivo exista relación de matrimonio, concubinato o relación de pareja, los delitos previstos en los artículos anteriores se perseguirán por querrela.

4.4.12. ARTÍCULOS 113-BIS AL 113 QUINQUIES DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE QUINTANA ROO.

El Código Penal del Estado de Quintana Roo, establece dentro de su Libro Segundo, Parte Especial, Sección Primera, de los Delitos contra el Individuo, el Capítulo VII denominado Delitos contra los Derechos Reproductivos, el cual abarca sus artículos 113-bis al 113 quinquis.

Delitos contra los Derechos Reproductivos.

ARTICULO 113-BIS.- A quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, se le impondrá de cuatro a siete años de prisión. Si la inseminación se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, se impondrá de cinco a catorce años de prisión.

ARTICULO 113-TER.- Se impondrá de cuatro a siete años de prisión a quien implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o esperma de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo. Si el delito se realiza con violencia o resulta un embarazo, se impondrá de cinco a catorce años de prisión.

ARTICULO 113-QUÁTER.- Comete el delito de esterilidad provocada, quien sin el consentimiento de una persona practique en ella procedimientos quirúrgicos con el propósito de provocar esterilidad. Este delito se sancionará con una pena de cuatro a siete años de prisión y multa de cuarenta a ciento veinte días, más la reparación del daño.

Disposiciones comunes para los Delitos contra los Derechos Reproductivos.

ARTÍCULO 113-QUINQUIES.- Cuando entre el activo y la pasivo exista relación de matrimonio, concubinato o relación de pareja, los delitos previstos en este capítulo se perseguirán por querrela. Si resultan hijos a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos 113-Bis y 113-Ter, la reparación del daño comprenderá además, el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil. Además de las penas previstas, se impondrá suspensión para ejercer la profesión o, en caso de servidores públicos, inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la peno de prisión impuesta, así como lo destitución.

4.4.13. ARTÍCULO 157 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ.

El Código Penal del Estado de San Luis Potosí incluye dentro de su Título III Denominado de los Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual, el Capítulo IV de la Inseminación Indebida, en su artículo 157. A continuación se transcribe de manera íntegra el texto del articulado relativo:

ARTICULO 157. Comete el delito de inseminación indebida quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años, o sin o con el consentimiento de una menor de esa edad o incapaz, practique en ella inseminación artificial. Este delito se sancionará con una pena de dos a seis años de prisión y sanción pecuniaria de cuarenta a ciento veinte días de salario mínimo. Si como resultado de la conducta se produce embarazo, se impondrá prisión de tres a ocho años y sanción pecuniaria de sesenta a ciento sesenta días de salario mínimo.

4.4.14. ARTÍCULOS 182, 186, 187 Y 188 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE SINALOA.

El Código Penal del Estado de Sinaloa establece en su Título VIII Denominado de los Delitos contra la Libertad Sexual y su Normal Desarrollo, los Capítulos II de la Inseminación Artificial Indebida y VI de las Disposiciones Comunes, abarcando los artículos 182, 186, 187 y 188.

ARTICULO 182.- Al que por medio de la violencia, física o moral, o por engaños, realice en una mujer inseminación artificial, se le aplicará prisión de dos a seis años. La pena se aumentará hasta en una mitad más, si la inseminación se hace en una menor de edad.

ARTÍCULO 186.- Sólo se perseguirá por querrela de parte ofendida o de sus legítimos representantes, los delitos de atentados al pudor, estupro y el de acoso sexual.

ARTICULO 187.- Cuando se trate de los delitos de violación, inseminación artificial ilegal o atentados al pudor, las sanciones se aumentarán hasta una tercera parte en cualquiera de los siguientes casos:

I.- Tener el agente parentesco consanguíneo, por afinidad o civil con el ofendido;

II.- Cuando se realice aprovechando el agente su cargo de servidor público o la autoridad que ejerza sobre el ofendido, o fuere su maestro; o

III.- Cuando se cometa el delito aprovechándose de las circunstancias de que el agente es profesional de la medicina o de sus disciplinas auxiliares, además de la pena de prisión la autoridad judicial podrá determinar la suspensión del ejercicio profesional por el término de hasta cinco años.

En el caso de la fracción I de este artículo, además de la pena prevista, se le privará al sujeto activo del ejercicio de la patria potestad, tutela o custodia que pudiere tener en relación con el sujeto pasivo. En el caso de la fracción II de este artículo, además de la pena prevista, se le privará del empleo, cargo o profesión e inhabilitará para ejercer otro empleo o cargo de la misma naturaleza hasta por cinco años.

ARTÍCULO 188.- La reparación del daño, con excepción del delito de atentados al pudor, comprenderá el pago de alimentos a la mujer y a los hijos si los hubiere con motivo del delito y se hará en la forma y términos que fija la Ley Civil para los casos de divorcio.

4.4.15. ARTÍCULOS 154 Y 155 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE TABASCO.

El Código Penal del Estado de Tabasco a partir de su reforma publicada en su periódico oficial de fecha cinco de febrero del año mil novecientos noventa y siete, incluyó la regulación de conductas delictivas relativas o derivadas de una inseminación artificial dentro de su Título IV Denominado de los Delitos contra la Libertad y Seguridad Sexuales y el Normal Desarrollo Psicosexual, Capítulo III de la Inseminación Artificial, en sus artículos 154 y

155. A continuación se transcribe de manera íntegra el texto del articulado relativo:

Artículo 154.- Al que sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o sin o con el consentimiento de una menor de esa edad o incapaz practique en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de dos a seis años. Si como resultado de la conducta se produce embarazo, se impondrá prisión de tres a ocho años.

Artículo 155.- Si la inseminación se realiza con violencia, se incrementará la sanción correspondiente en una mitad.

4.5. COMENTARIOS A CERCA DE LAS LEGISLACIONES FEDERALES.

En virtud de las particularidades que tanto las legislaciones federales como locales presentan, comentaremos de manera breve y sin hacer un ejercicio sistemático esas peculiaridades, manifestando alguna idea u observación nuestra tendiente a aportar una perspectiva diferente de dichos dispositivos penales. Consideraciones que en el caso de los estados se verán en el apéndice de este trabajo y que consideramos ayudaran a proteger de forma más idónea los bienes jurídicos relacionados con las técnicas de reproducción asistida y la manipulación genética, ello en caso de no lograrse una reforma integral y unificadora de criterios a nivel federal. De manera que a continuación mostraremos ese análisis respecto a la Ley General de Salud y el Código Penal Federal, mostrando los pros y los contras de cada uno y manifestando el por qué, de proponer que sea el Código Penal Federal, donde se tutele los bienes jurídicos de la integridad e inalterabilidad de la composición genética humana, la libertad de los individuos de disponer de sus células germinales, así como la libertad de elección de la mujer a someterse alguna técnica de reproducción asistida.

4.5.1. LEY GENERAL DE SALUD.

Cabe señalar que dentro de la Ley General de Salud, no hay un capítulo específico que regule penalmente las conductas que por su dañosidad social, atentan contra de la integridad e inalterabilidad del patrimonio genético, tales como el manipular genes humanos de manera que se altere el genotipo con

una finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras; ò fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana; ó crear seres humanos por clonación. No obstante lo anterior y el hecho de que la Ley General de Salud rige de forma general para todo el territorio nacional, y que fue creada para dar efectividad progresiva al derecho de la protección de la salud, consideramos que esta protección se refiere al ámbito administrativo, y que en todo caso la protección penal de bienes jurídicos tales como la integridad e inalterabilidad de la composición genética humana, la libertad de los individuos de disponer de sus células germinales, así como la libertad de elección de la mujer a someterse alguna técnica de reproducción asistida, si bien están relacionados con la salud pública, los mismos deben estar protegidos por normas penales contenidas en un dispositivo como lo es Código Penal Federal.

4.5.2. CÓDIGO PENAL FEDERAL.

Dentro del Código Penal Federal encontramos un capítulo específico que trata de regular una serie de hipótesis, que están relacionadas con la bioseguridad genética, sin embargo tal dispositivo es de corto alcance ya que por ejemplo no regula la manipulación de genes humanos con la finalidad de eliminar o disminuir enfermedades graves o taras.

Así mismo carece de normas relativas a la prohibición del implante de un óvulo sin el consentimiento expreso de la mujer o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz, creación de seres humanos por clonación, fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana, dejando sin protección penal a los bienes jurídicos tales como la integridad e inalterabilidad de la composición genética y la libertad de elección de la mujer afectada por una técnica de reproducción asistida que como hemos visto merecen regulación penal por parte del Estado.

En este entendido, por cuanto hace a los puntos a favor de optar por la exclusiva regulación de la materia dentro del Código Penal Federal, debemos decir que esta postura podría no tener un especial significado en nuestro país,

sino fuera por el hecho de que en ciertos casos, se han creado leyes de carácter especial con el fin de regular una determinada materia dentro del orden federal, en las cuales se han incluido para su regulación y sanción conductas ilícitas relacionadas con la especialidad de la ley, sin embargo, las mismas han “delegado” su normatividad respectiva (de carácter penal) y su regulación dentro del Código Penal Federal. Ejemplo de lo anterior es la Ley Federal de Derechos de autor que en el año de 1996 fue abrogada, y en la cual en sus artículos del 135 al 144 se encontraban tipificadas diversas conductas ilícitas relacionadas con la protección de la propiedad intelectual, conductas que dejaron de ser incluidas dentro de la normatividad de la nueva ley en la materia, mismas que fueron adicionadas dentro del Título Vigésimo Sexto del entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia del fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, disposiciones que se encuentran integradas en el Código Penal Federal en vigor.

Dentro de esta tesitura podemos apreciar que, el legislador al intentar tutelar penalmente la libertad de elección de la mujer afectada por una técnica de reproducción asistida, incluyó en la Ley General de Salud la regulación de conductas ilícitas relacionadas con la inseminación artificial en su artículo 466, tomando partido por la regulación de la materia en forma especial, como en el caso de las conductas ilícitas relacionadas con los derechos de autor.

No hay duda de que las conductas inherentes a la inseminación artificial, así como las relacionadas con la manipulación genética, presentan particulares connotaciones, las cuales a su vez presentan una problemática en cuanto a la aproximación a una materia cuya regulación requiere de conocimientos más que específicos; lo que quizá a primera vista podría justificar el recurso de la ley especial. Inclusive se podría afirmar que sería mejor incluir la protección de dichos bienes jurídicos en una ley especial, pues por obvias razones, esta sería la que de primera mano conocerían normalmente “los especialistas” en estos campos, buscando con ello generar sobre estos los efectos de prevención general que se persiguen en toda incriminación.

Sin embargo estimamos que estas no serian razones suficientes para incluir la protección penal de bienes jurídicos tales como la integridad e inalterabilidad de la composición genética humana, la libertad de los individuos de disponer de sus células germinales, así como la libertad de elección de la mujer a someterse alguna técnica de reproducción asistida en una ley especial.

Primeramente porque la protección penal de los bienes jurídicos arriba citados no se puede vincular solo con el hecho de incluir su regulación en dentro de una ley especial, como sería el caso de la Ley General de Salud, ya que como señala el maestro CERDA, "...existe un sinfín de leyes que la doctrina le ha llamado leyes penales especiales , y esto porque en ellas se contemplan ciertas conductas que el legislador les ha dado la categoría de delictivas con su respectiva sanción...si a una persona común y corriente se le preguntase dónde buscaría o donde encontraría las conductas delictivas, dentro de su misma ignorancia esta respondería que en el código penal..."³⁵⁵.

En este orden de ideas podemos argüir a favor el denominado argumento pedagógico, "...entendiendo que su introducción en el cuerpo...del código penal aportaba un mayor interés de los estudiosos de Derecho Penal, sobre la materia, a la vez que suponía su consagración como tema de investigación y enseñanza, con el correlativo efecto de reforzamiento de estos delitos como fin de prevención general..."³⁵⁶.

Así mismo autores como MANTOVANI, "nos previene de esa maraña de leyes especiales...que se ha convertido en un cumulo de normas fragmentado y desorganizado y lo que es peor, diseñado normalmente con absoluto desprecio de los más elementales cánones de buena técnica legislativa, de difícil interpretación y coordinación..."³⁵⁷. Aquí cabria señalar que en el caso de México tendríamos que agregarle las legislaciones estatales.

³⁵⁵ CERDA LUGO, JESUS.,M, Política Criminal, Política Criminológica o Política contra el Criminal, Universidad Tecnológica de Sinaloa, México 2001, p. 125.

³⁵⁶ PERIS RIERA, JAIME MIGUEL, La Regulación Penal de la Manipulación Genética en España, Editorial Civitas S. A., Madrid, 1999, p. 191.

³⁵⁷ Ibidem, p. 192.

De manera que, "... el primer mecanismo utilizable para evitar la multiplicación de las normas degradando la propia técnica legislativa, hasta el extremo de contemplar de modos diversos la tutela a idénticos bienes, consiste en remitir la tutela de estos bienes afectados por la manipulación genética a las ya existentes normas...del código penal..."³⁵⁸, en el caso de nuestro país lo sería al Código penal Federal. De manera que debemos hacer eficaz"...la ecuación legalidad-certeza-claridad jurídica..."³⁵⁹.

Atento a lo cual incluirla protección penal de bienes jurídicos tales como la integridad e inalterabilidad de la composición genética humana, la libertad de los individuos de disponer de sus células germinales, así como la libertad de elección de la mujer a someterse alguna técnica de reproducción asistida en el Código Penal Federal, "...es el mejor modo de expresar la particular importancia a tribuida a los nuevos delitos..."³⁶⁰.

4.6. PROPUESTA DE REGULACIÓN PENAL EN MATERIA DE TECNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y MANIPULACIÓN GENETICA.

Podemos ver ahora, que la elaboración de un proyecto que modifica parte de un código o ley presenta dificultad, pero hay que tener presente la ventaja que resulta para el juzgador y los particulares el hecho de contar con un solo texto legal que contenga de manera uniforme y sistemática, las disposiciones aplicables, máxime si como es el caso se trata de proteger bienes jurídicos como la integridad e inalterabilidad de la composición genética humana, la libertad de los individuos de disponer de sus células germinales, así como la libertad de elección de la mujer a someterse alguna técnica de reproducción asistida, los cuales son de reciente aparición.

En este orden de ideas consideramos idóneo establecer su regulación en el Código Penal Federal, a través de unificar los criterios tomados por cada una de las otras legislaciones penales en su ámbito. Al respecto cabría decir

³⁵⁸ PERIS RIERA, JAIME MIGUEL, *Óp. Cit.*, p. 192.

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 193.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 194.

que de no hacerse así, se incrementaría una maraña (mayor a la existente) con una diversidad de leyes (federales y locales) que, como hemos podido apreciar, tienden a convertirse en un cúmulo de normas fragmentado y desorganizado.

Atento a lo anterior, debemos hacer hincapié en que en todo sistema jurídico (y el nuestro no es la excepción), la codificación del derecho es una exigencia de la seguridad jurídica. En este sentido; “...los proyectos de reformas deben respetar la estructura de los textos que modifican; cuando ya existe una codificación, se hace necesario respetarla, no destruirla sometiendo al Congreso textos no codificados; en todos los casos en que una materia se encuentre codificada, el proyecto debe presentarse como una modificación de lo existente y no como una ley aparte...”³⁶¹.

La iniciativa que se propone obedece a la necesidad de dar seguridad jurídica y uniformidad de criterios a la regulación penal que se va a encargar de tutelar penalmente los bienes jurídicos de la integridad e inalterabilidad de la composición genética humana, la libertad de los individuos de disponer de sus células germinales, así como la libertad de elección de la mujer a someterse alguna técnica de reproducción asistida, los cuales se pueden ver lesionados o puestos en peligro por conductas que se generan a partir de la aplicación de alguna técnica de reproducción asistida o alguna forma de manipulación de genes. En este sentido la unificación de criterios respecto al contenido sustantivo de las normas que protegen los bienes jurídicos arriba citados se debe a que actualmente estas se encuentran dispersas en diversos ordenamientos federales y locales, sin uniformidad de criterios y brindando una tutela parcial a bienes cuyo daño o puesta en peligro afecta de manera directa e indirecta a la totalidad de individuos integrantes de un país.

La referida Iniciativa consistiría en derogar la denominación del Capítulo Quinto del Título Décimo Noveno del Código Penal Federal, proponiendo que se denomine como de “Delitos en Materia de Disposición de Células Germinales, Técnicas de Reproducción Asistida y Manipulación Genética”,

³⁶¹SEMPÉ MINVIELLE, CARLOS, Óp. Cit., p. 189.

mismo que constaría de seis artículos, en los cuales se propone la incorporación de tipos penales relacionados con la disposición de óvulos o esperma; la aplicación de alguna técnica de reproducción asistida sin consentimiento de la mujer o con el de una menor de edad o incapaz; la manipulación de células germinales, óvulos fecundados o genes de manera que se altere el genotipo humano, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras; la utilización de células humanas u óvulos humanos con un genoma modificado artificialmente, con fines de fecundación o de reproducción; la clonación o cualquier técnica de ingeniería genética, con la que se pretenda la creación de seres humanos idénticos o con el mismo genotipo; la creación de híbridos humanos o quimeras; la implantación de embriones u óvulos fecundados entre especies diferentes cuando esté incluida la humana. Lo anterior con el fin de tutelar los bienes jurídicos de la integridad e inalterabilidad del patrimonio genético y la libertad de elección de la mujer. Proyecto el cual a continuación se presenta:

PROYECTO DE INICIATIVA DE DECRETO POR EL QUE SE DEROGA Y ADICIONA EL CODIGO PENAL FEDERAL

Se deroga la denominación y contenido del Capítulo Quinto del Título Décimo Noveno y en su lugar se adiciona el Capítulo Quinto, con la denominación de “Delitos en Materia de Disposición de Células Germinales, Técnicas de Reproducción Asistida y Manipulación Genética”, que comprenderá los artículos 325, 325 bis, 325 ter, 326, 327 y 328 del Código Penal Federal en vigor, para quedar como sigue:

TITULO DECIMO NOVENO. DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD CORPORAL.”

CAPITULO V DELITOS EN MATERIA DE DISPOSICIÓN DE CÉLULAS GERMINALES, TÉCNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA Y MANIPULACIÓN GENÉTICA.

ARTÍCULO 325.- A quien disponga o utilice óvulos o espermatozoides sin consentimiento de quien en forma natural los produjo o para fines distintos a los autorizados por sus donantes, se le impondrán de tres a seis años de prisión y de cincuenta a quinientos días multa del salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate.

Si la disposición o utilización se realiza aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo; con violencia; o resulta en un embarazo, se impondrá de cinco a doce años de prisión.

Debemos señalar que, con esta hipótesis, lo que se pretende es que se respete la libertad de elección, que previa y libremente ha decidido el sujeto pasivo hombre o mujer, respecto al destino de sus células germinales, que como vimos son las células que contienen la información y herencia genética, y que al fusionarse in útero o in Vitro generan la posibilidad de procrear un ser humano. Así mismo la integración al texto de agravantes, obedece a que son de realización muy probable y generadoras de un daño más a la esfera jurídica del sujeto pasivo.

ARTÍCULO 325 BIS.- A quien sin consentimiento de una mujer mayor de edad, realice en ella inseminación artificial, se le impondrán de tres a siete años de prisión.

Si la inseminación, se realiza aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo; se lleve a cabo con violencia; o resulta en un embarazo, se impondrá de cinco a catorce años de prisión.

Este artículo apreciamos "...la consagración independiente de lo que no es sino una figura delictiva específica que recoge la violación de un aspecto esencial de la libertad de la mujer, la libertad de verse sometida a una técnica de reproducción asistida..."³⁶², en este sentido, "...la manipulación genética no tiene nada que ver con el atentado a la libertad de la mujer de someterse o no

³⁶²**BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F.**, Aspectos Jurídico-Penales de la Reproducción Asistida y la Manipulación Genética Humana, Editorial Edersa, Madrid, 1997, p. 482.

a una técnica de reproducción asistida...³⁶³. Así mismo la integración al texto de un par de agravantes, obedece a que son de realización muy probable y generadoras de un daño más a la esfera jurídica del sujeto pasivo.

ARTÍCULO 325 TER.- Se impondrá de 4 a 7 años de prisión a quién extraiga o implante a una mujer un óvulo sin su consentimiento.

Si el delito se realiza con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho para resistirlo; o se lleva a cabo utilizando un óvulo ajeno; o se efectúa con un óvulo fecundado con espermatozoides de donante no autorizado; o se comete con violencia; o resulta en un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años.

Cuando entre el activo y la pasivo exista relación de matrimonio, concubinato o relación de pareja, los delitos previstos en los artículos 325, 325 bis y 325 ter se perseguirán por querrela.

Consideramos adecuado añadir la hipótesis de extracción de óvulo toda vez que la misma es el complemento lógico de la hipótesis de implantación; así mismo suprimimos del texto las hipótesis que se refieren a la utilización de un óvulo fecundado ajeno o de óvulo fecundado con espermatozoides de donante no autorizado, ya que pensamos que esta redacción desvía nuestra atención de la hipótesis principal, que en el caso lo es la prohibición de implantar a una mujer un óvulo sin el consentimiento expreso de esta o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz. No obstante dichas hipótesis se integraron como agravantes de la hipótesis principal. Y al igual que el artículo anterior el bien jurídico que se tutela es la libertad de la mujer, en específico la libertad de verse sometida a una técnica de reproducción asistida o no.

El párrafo segundo del presente artículo se integra, ya que en la realización de dichas conductas ilícitas, se verá afectada la libertad como un bien jurídico individual y no la integridad e inalterabilidad de la composición genética humana.

³⁶³ BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Óp. Cit., p. 483.

ARTÍCULO 326.- Se impondrán de cinco a quince años de prisión a quienes:

I. Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves manipulen células germinales, óvulos fecundados, embriones o genes, de manera que se altere el genotipo humano

Los lineamientos que respaldan esta propuesta en particular son que del texto original "...forzadamente debe interpretarse la referencia a la alteración del genotipo, como la alteración de la línea germinal humana..."³⁶⁴, lo cual resulta ambiguo. Así mismo si "se deseaba castigar la manipulación que comportase un cambio en la carga que se transmite por la herencia (la distinción entre células somáticas y sexuales resulta fundamental, ya que solo la manipulación efectuada en las segundas se transmite a toda la descendencia); de desearlo así el pre-legislador lo ha expresado francamente mal..."³⁶⁵.

El criterio anterior es adoptado en legislaciones extranjeras como "...La ley alemana sobre protección de embriones...(que) tipifica expresamente la manipulación genética en línea germinal...Definiendo expresamente en su párrafo octavo que se entiende por la línea germinal, constituida esta por "el óvulo y el espermatozoide humanos y también, el óvulo desde que se le introduce un espermatozoide, o es penetrado por este, hasta culminación en la fecundación con la mezcla de los núcleos...El proyecto de código penal italiano de 1992...recoge dentro de los delitos contra la identidad genética la "alteración genética de una persona, consistente en alterar, con fines no terapéuticos, la estructura genética de una persona humana mediante intervenciones sobre gametos, sobre embriones o sobre el ser humano después del nacimiento..."³⁶⁶.

En este tenor podemos señalar que, "...se puede afirmar que cualquier manipulación de genes que no se lleve a cabo con una finalidad orientada a la

³⁶⁴ BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Óp. Cit., p. 438.

³⁶⁵ *Ibidem.* p. 439.

³⁶⁶ BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Óp. Cit, p. 442.

eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, será delictiva...cuando por ejemplo, se manipule en una célula epitelial humana que el investigador tenga en un cultivo, se modificara el cultivo de esa célula, que era igual al resto del organismo al que pertenecía, aun cuando el cambio no se llegue a manifestar sobre ese organismo. Y si ya es delictivo tal comportamiento cuando no se haya actuado con finalidad de disminuir o eliminar taras o enfermedades graves se estará utilizando en palabras de SOTO LA MADRID la formulación omnicompreensiva y facilista de prohibir cualquier tipo de experimentación o manipulación genética...convirtiendo al derecho penal en el brazo secular de la persecución oscurantista...»³⁶⁷.

II. Fecunden células germinales humanas con un genoma modificado artificialmente sin fines terapéuticos.

III.- Utilicen en procesos de reproducción humana asistida óvulos fecundados o genes con un genoma modificado artificialmente sin fines terapéuticos.

IV.- Fecunden artificialmente o in Vitro óvulos humanos para realizar investigaciones no terapéuticas.

Los lineamientos que respaldan estas propuestas específicamente son que la actual“...tipificación con los defectos que se expondrán más adelante, lleva al ámbito jurídico-penal determinadas actuaciones realizadas sobre gametos, en una fase anterior a la misma fecundación...Ya que la conducta de fecundar óvulos con fines diferentes a la fecundación se realiza uniendo—in útero o in vitro—gametos masculinos o femeninos...el tipo propuesto no requiere ni la viabilidad del óvulo fecundado, ni la transferencia...tampoco aparece tipificada la utilización de los mismos con posterioridad a la fecundación y antes de la anidación para fines distintos a la procreación humana... “³⁶⁸.

“...Más lógico sería tipificar penalmente no solo la fecundación de óvulos con fines distintos a la procreación, sino prolongar esta situación hasta la

³⁶⁷ BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Óp. Cit, p. 440.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 463.

implantación en el útero, incluyendo las actuaciones sobre gametos con finalidad reproductiva...³⁶⁹. Esta se vería bien complementada si, "... en buena coherencia legislativa, hubiese sido tipificada la conducta consistente en realizar las practicas que tienden a posibilitar la implantación de preembriones con fines distintos a la procreación...³⁷⁰, esto debido a que, "...no toda fecundación de óvulos humanos con finalidad distinta a la reproducción va a ser atentatoria contra la dignidad de la especie humana,...en este sentido, la fecundación de un óvulo de una mujer que de modo natural no puede concebir, para probar su fertilidad, no sería más que una prueba diagnóstica...³⁷¹.

Cabe señalar que a través de la propuesta que hacemos, se castigan conductas de uso o utilización de células germinales humanas con fines de fecundación o de reproducción, con un genoma modificado artificialmente, lo que hace que su resultado influya sobre el futuro individuo y por tanto sobre la integridad e inalterabilidad de su composición genética.

V.-Mediante la clonación, alguna técnica de ingeniería genética o cualquier medio artificial, procreen seres humanos idénticos y/o con el mismo genotipo y/o fenotipo.

La formulación podría interpretarse, "... como la creación de seres humanos idénticos, lo cual podría llevarse a cabo por clonación o por cualquier otro medio..., de modo que lo que se califica como ilícito es solo la creación de individuos idénticos, por el procedimiento que fuere...³⁷². Al penalizar, "... la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos...³⁷³, "...en definitiva, se castiga la transformación del patrimonio hereditario del hombre,...creando artificialmente seres humanos genéticamente iguales...³⁷⁴.

³⁶⁹ BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Óp. Cit, p. 465.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 472.

³⁷¹ *Ibidem*. p. 468.

³⁷² *Ibidem*, p. 475.

³⁷³ ALBERRUCHE DIAZ-FLORES, MERCEDES, Óp. cit., p. 72.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 73.

“...Junto a la integridad de la especie y al normal desarrollo evolutivo de la misma (que sigue siendo el bien jurídico prioritario), se estaría protegiendo la vida digna y plena del ser humano en formación, posibilitando además una igual dignidad entre los individuos desde el momento del nacimiento...”³⁷⁵.

Pues como ya hemos manifestado, la clonación, cualquier medio artificial o procedimiento de ingeniería genética, por el cual se procreen seres humanos idénticos o con el mismo genotipo y/o fenotipo, lesiona la unicidad de todo ser humano, su esencia originaria y única. Pues más allá de que el clon carezca de una individualidad genética, está el hecho de que dicha individualidad haya sido determinada, inducida, dejando de lado ese azar que envuelve nuestra existencia en este aspecto, el ser únicos e irrepetibles, y si como hemos visto existen clones “naturales” inclusive estos son resultado de una situación azarosa, no inducida artificialmente .

VI- Asocie en una unidad celular embriones con genomas de diferentes especies, cuando por lo menos uno de ellos sea humano.

VII.- Produzca un embrión diferenciado mediante la fecundación de un óvulo humano con espermatozoides de un animal, o de un óvulo animal con el espermatozoides de un ser humano.

Consideramos técnicamente más eficiente la inclusión de las dos fracciones anteriores, en lugar de la hipótesis que se refiere a la “creación de un híbrido humano, a través de procedimientos de ingeniería genética o cualquier otro medio, que se viene manejando en algunas legislaciones locales, de manera que las hipótesis de las fracciones VI y VII buscan prohibir la mezcla en el laboratorio de material genético de una o varias especies con la especie humana, evitando la fecundación de células germinales entre diferentes especies, con lo cual se está ya evitando la posibilidad de “pro-crear” un ser humano híbrido.

³⁷⁵ BENITEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., Óp. Cit, p. . 445.

En esencia es una manipulación genética la cual puede de manera directa alterar el genotipo humano, generando el riesgo de que posteriormente ese híbrido llegue a mezclarse genéticamente con la especie humana, con lo cual se estaría alterando nuevamente la integridad e inalterabilidad del genotipo humano.

Cabe señalar que los procesos que dan lugar a la procreación de híbridos humanos, estos no necesariamente requieren de células germinales o embriones previamente manipulados o modificados en su genotipo, pues la sola mezcla del material genético entre especies diferentes en las células que van a ser fecundadas o en las células del embrión o pre-embrión será motivo más que suficiente para su penalización.

VIII.-Mediante alguna técnica de ingeniería genética o cualquier medio, realicen la mezcla o fusión de embriones humanos, de fragmentos embrionarios o material genético de distintos embriones humanos con el fin de procrear un único individuo.

Con este dispositivo se busca prohibir la creación de quimeras humanas. Y al igual que en el caso de la clonación, lo que se estaría protegiendo sería la vida digna y plena del ser humano en formación, posibilitando además una igual dignidad entre los individuos desde el momento del nacimiento.

Cabe señalar que, al igual que los híbridos, en el caso de las quimeras humanas, los procesos que dan lugar a su procreación no necesariamente requieren de embriones o cigotos previamente modificados en su genotipo, pues la sola mezcla o fusión de dichas células en sus primeros estadios de división será más que suficiente para obtener una quimera humana.

IX.- Implante alguno de los óvulos o embriones, a que se refieren las fracciones de la II a la VIII, a una mujer o a un animal.

X.- Implante un embrión humano a un animal.

Toda vez que, como pudimos apreciar, las implicaciones psicológicas derivadas de la gestación de un ser humano en un útero diferente al de su madre genética son ya de por sí atentatorias al normal desarrollo del futuro ser humano, consideramos que las prácticas de “maternidad subrogada entre especies” lo son en grado mayor, esto claro cuando se encuentre involucrada la especie humana.

ARTÍCULO 327.- Además de las penas previstas en el presente capítulo, se impondrá a los responsables la suspensión para ejercer la profesión, o, en caso de tratarse de servidores públicos, la destitución e inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.

ARTÍCULO 328.-Si resultan hijos a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en este capítulo, la reparación del daño comprenderá además, el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil.

Entendemos estos dispositivos como agravantes en el caso tener el sujeto activo alguna de las calidades enunciadas en el artículo 327 y como premisas direccionales del actuar del juzgador en el caso expuesto en el artículo 328, las cuales se han manejado en diversas legislaciones y cuya inclusión consideramos adecuada.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- En atención a que determinados comportamientos pueden lesionar o poner en peligro bienes jurídicos tales como la integridad e inalterabilidad del patrimonio genético, lo cual se vería relegado en un trastorno grave del funcionamiento de una sociedad, es que nuestros legisladores se han pronunciado en su ámbito respectivo por la protección de los referidos bienes jurídicos, aunque sin unidad de criterios. Por lo cual concluimos que nuestra propuesta de unificar los diversos criterios, plasmados en las distintas legislaciones, en una sola Legislación penal es idónea.

SEGUNDA.- Hoy en día nuestro marco jurídico-penal, Federal y local, se ha establecido sin una uniformidad de criterios respecto a la protección de bienes jurídicos como la integridad e inalterabilidad del patrimonio genético, así como la libertad de elección de la mujer, lo que hace posible que conductas ilícitas en Materia de Técnicas de Reproducción Asistida y/o Manipulación Genética se tipifiquen y penalicen de forma diversa. Atento a lo cual se concluye que la propuesta de establecer una Legislación Penal uniforme unificadora de criterios en la materia a nivel Federal es procedente.

TERCERA.-La determinación de que un bien jurídico deba de ser tutelado por el Derecho Penal, dependerá de la dañosidad social que su lesión o puesta en peligro genere para una sociedad en específico, en una época determinada. En este sentido el proponer que bienes jurídicos como la integridad e inalterabilidad de la composición genética humana, la libertad de los individuos de disponer de sus células germinales, así como la libertad de elección de la mujer a someterse alguna técnica de reproducción asistida sean tutelados por normas penales del ámbito Federal atiende a la dañosidad social que su lesión o puesta en peligro pueden generar.

CUARTA.- Los intereses jurídicos propios de la federación no necesariamente estarán protegidos de una manera adecuada por la legislación de los estados. En este sentido la desatención por parte de las instancias federales, ha generado diversas problemáticas a saber. Principalmente propicia que se

deje de lado el poder legislar penalmente para todo el territorio nacional, con unidad de criterios, sobre bienes jurídicos, como la integridad e inalterabilidad de la composición genética, cuya lesión o puesta en peligro afectan los intereses generales de la totalidad de individuos integrantes de una sociedad,.

QUINTA.-La realidad nos muestra que el dejar abierta la posibilidad de optar por la ley federal y la expedida por los Estados, se ha traducido en la generación de una multiplicidad de leyes, lo que a su vez se traduce en incertidumbre jurídica, ello por la dispersión y diversidad de criterios que se aplican para regular una misma materia, por lo cual la implementación de una normatividad uniforme como la que proponemos, que a su vez se establezca en una legislación que tenga poder vinculatorio a nivel federal, como lo es el Código Penal Federal, sería una opción viable para terminar con la incertidumbre jurídica que prevalece respecto a la regulación penal de bienes jurídicos como la integridad e inalterabilidad de la composición genética, la libertad de los individuos de disponer de sus células germinales y la libertad de elección de la mujer a someterse a una técnica de reproducción asistida.

SEXTA.- Por cuanto hace a la redacción de los preceptos e hipótesis integrantes de un dispositivo jurídico, podemos concluir que, siempre debemos poner en evidencia la regla dando a la excepción su carácter de excepcionalidad. No es idóneo argumentar una hipótesis sobrevalorando la excepción, pues incurriríamos en un error desviando nuestra atención de lo factible. Lo anterior ocurre en varias de las normas penales que actualmente regulan la protección de bienes jurídicos como la integridad e inalterabilidad del patrimonio genético, así como la libertad de elección de la mujer, lo que hace que el medio para concretizar la exacta elaboración de la ley resulte ambiguo.

SEPTIMA.- No necesariamente debemos esperar a que se verifique la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos la integridad e inalterabilidad de la composición genética humana, la libertad de los individuos de disponer de sus células germinales, así como la libertad de elección de la mujer a someterse alguna técnica de reproducción asistida para proponer la implementación de un

dispositivo penal para su protección. Esto en razón de aquellas entidades federativas que actualmente carecen de regulación penal respecto a la protección de dichos bienes, pues con ello los mismos quedan sin tutela penal y permanecen expuestos a una lesión o puesta en peligro, que bien merece la intervención del Derecho Penal. Lo anterior se vería subsanado si se regularan, como se propone, en el Código Penal Federal.

OCTAVA.- Como hemos visto es en los genes donde se encuentra el sustrato del ser humano, su esencia, y la conservación del mismo supera el beneficio individual. El menoscabo de la integridad e inalterabilidad de la composición genética humana, puede lesionar tanto un bien jurídico individual como uno social. Caso en el cual se debe proteger a ambos. De lo que podemos inferir que las lesiones concretas a la integridad e inalterabilidad de la composición genética humana, la libertad de los individuos de disponer de sus células germinales, así como la libertad de elección de la mujer a someterse alguna técnica de reproducción asistida deben ser reguladas por el Derecho Penal.

BIBLIOGRAFÍA

ABELLAN, FERNANDO, Reproducción Asistida y Responsabilidad Médica: Consideraciones Legales y Éticas Sobre Casos Prácticos. Editorial Comares, Granada, España, 2001.

AGUADO, PAZ MARÍA DE LA CUESTA, La Reproducción Asistida Humana sin Consentimiento. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

ANDRADE SANCHEZ, EDUARDO, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada, Tomo I, Editorial Porrúa, México 1999.

BANCHIO, ENRIQUE C., Status Jurídico del Nasciturus en la Procreación Asistida, Buenos Aires, 1995.

BASSO, DOMINGO M, Nacer y Morir con Dignidad, Editorial Buenos Aires 1993.

BENÍTEZ ORTÚZAR, IGNACIO FRANCISCO. Aspectos Jurídico-Penales de la Reproducción Asistida y la Manipulación Genética Humana. Ed. Edersa, Madrid, 1997.

BELLVER CAPELLA, VICENTE, ¿Clonar? Ética y derecho ante la Clonación Humana, Granada, 2000.

BORJA JIMENEZ, EMILIANO, Curso de Política Criminal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

BUSTOS PUECHE, J. E. El Derecho español ante las Nuevas Técnicas Genéticas, 1992.

CARUSO A. IGOR., Narcisismo y Socialización, Fundamentos Psicogenéticos de la Conducta Social, Siglo Veintiuno Editores, México 1987, Tercera Edición corregida.

CARCABA HERNÁNDEZ, MARÍA. Los Problemas Jurídicos Planteados por las Nuevas Técnicas de Procreación Humana. José M^a Bosch Editor, Barcelona, 1995.

CERDA LUGO, JESUSM., Política Criminal, Política Criminológica o Política contra el Criminal, Universidad Tecnológica de Sinaloa, México 2001.

CORDOBA, JORGE E., Fecundación Asistida Humana: Aspectos Jurídicos Emergentes, Ediciones Alveroni, 2000.

DÍAZ ARANDA, ENRIQUE., Interpretación de la Legislación Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho Mexicano: *Orientaciones de la política criminal legislativa*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2005.

DOMINGO, M. Las Técnicas Procreativas y el Derecho de Familia: Incidencia de la Reproducción Asistida. Editorial Civitas, Madrid, 2002.

EMALDI-CIRON, ATZIBER., Legislación sobre el Genoma Humano en España, en Reflexiones en Torno al Derecho Genómico, UNAM, México, 2001.

FIX-ZAMUDIO, HECTOR, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada, Tomo II, Editorial Porrúa, México 1999.

GONZALEZ DE LA VEGA, RENÉ, Tratado sobre la Ley Penal Mexicana, Tomo I, Editorial Porrúa, México 2003.

GONZALEZ-SALAS CAMPOS, Raúl, La Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal, Perezniето Editores, México, 1995.

HERNANDEZ, MARIA DEL PILAR, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada, Tomo II, Editorial Porrúa, México 1999.

HERRERA MONSALVE, GLADYS TERESA, La Manipulación Genética a la luz del Derecho Penal. Ecoe Ediciones, Bogotá, 2001.

HORMAZABAL MALAREE HERNAN, Bien Jurídico y estado social y Democrático de Derecho, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1992.

ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, OLGA, El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

LACADENA, J. R., La Naturaleza Genética del Hombre, Consideraciones en torno al aborto, "Cuenta y Razón " nº 10, Fundes, Madrid, 1983.

LAGOMARSINO, CARLOS A. R., Enciclopedia de Derecho de Familia, T. III, Buenos Aires, 1994.

MANTOVANI, F., Manipulaciones Genéticas, Bienes jurídicos Amenazados, Sistemas de Control y Técnicas de Tutela.

MARIS MARTINEZ, STELLA, Manipulación Genética y Derecho Penal, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994.

MOCCIA, SERGIO., De la Tutela de Bienes a la Tutela de Funciones, en Política Criminal y Nuevo Derecho penal, José María Bosch, Barcelona 1997.

OJEDA VELAZQIEZ, JORGE, Derecho Constitucional Penal, tomo I, Editorial Porrúa, México 2007.

OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO, Delitos Federales, Editorial Porrúa, México 2008.

PERIS RIERA, JAIME MIGUEL. La Regulación Penal de la Manipulación Genética en España. Ed. Civitas, S.A., Madrid, España, 1999.

PUENTE ABA, LUZ MARÍA, Protección Penal de los Intereses Difusos, en XVI Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional Mayor de San Carlos, Lima, Perú, 2004.

RECASÉNS SICHES, LUIS., ANTOLOGÍA 1922-1974, Fondo de Cultura Económica, México 1976.

RELISA PALOMINO ALVAREZ, Política Criminal, Derecho Interno e Internacional para una Legislación del Espionaje Informático, en Política Criminal: La reducción del Estado Nacional y las Políticas Transnacionales de Seguridad, Segundo congreso Internacional de política criminal, México 2003.

ROMAN QUIROZ, VERONICA., Evolución de la Política Criminal y Fenómenos Expansivos del Derecho Penal Posmoderno, en Política Criminal: La reducción del Estado Nacional y las Políticas Transnacionales de Seguridad, Segundo congreso Internacional de política criminal, México 2003.

ROMEO CASABONA, C. M., Límites penales de la Manipulación Genética.

SAMBRIZZI EDUARDO A., La Procreación Asistida y la Manipulación del embrión Humano, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 2002.

SEMPÉ MINVIELLE, CARLOS, Técnica Legislativa y Desregulación, Editorial Porrúa, México 1997.

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. Derechos Reproductivos y Técnicas de Reproducción Asistida. Ed. Comares, S.L., Granada 1998.

MEDIOS ELECTRONICOS.

Poder Judicial de la Federación, Compila VIII, Legislación Federal y del Distrito Federal (disco compacto), D.R. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2003.

www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/98/el/e110/htm.

<http://www.scjn.mx.legislación-local>

http://www.noticias.juridicas.com/base_datos/admin/114-2006.html#c8

LEGISLACIÓN.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal Federal.

Ley General de Salud.

Código Penal para el Estado de Aguascalientes.

Código Penal para el Estado de Chiapas.

Código Penal para el Estado de Chihuahua.

Código Penal para el Estado de Coahuila.

Código Penal para el Distrito Federal.

Código Penal para el Estado de Durango

Código Penal para el Estado de Guerrero.

Código Penal para el Estado de Hidalgo.

Código Penal para el Estado de México.

Código Penal para el Estado de Morelos.

Código Penal para el Estado de Querétaro.

Código Penal para el Estado de Quintana roo.

Código Penal para el Estado de San Luis Potosí.

Código Penal para el Estado de Sinaloa.

Código Penal para el Estado de Tabasco.

APENDICE.
AGUASCALIENTES.

Una vez analizado el dispositivo penal vigente para el Estado de Aguascalientes podemos concluir que, primeramente, dicho código enfoca la responsabilidad, a los profesionales médicos, técnicos o auxiliares. Consideramos que con este criterio se reduce el espectro de sujetos activos, al delimitarlo solo a los “médicos”, por lo cual sería idóneo ampliarlo a cualquier persona, pues en los casos de la disposición de células germinales sin consentimiento o de la inseminación artificial estas se pueden realizar aun sin ser un médico o profesional de la medicina.

Así mismo entendemos que, de forma indirecta, permite la investigación terapéutica y no terapéutica, pues lo que castiga como ilícito solo es la utilización de óvulos o espermatozoides para procrear sin consentimiento de quien produjo dichas células. De igual forma el referido Código carece de una norma penal clara y específica, que prohíba la extracción o implante de óvulos sin consentimiento de la mujer o con consentimiento de una menor o incapaz, por lo cual la inclusión de dispositivos como los que proponemos en los “artículos 325, 325 bis y 325 ter”, sería factible.

Y si a lo anterior le agregamos que este código, no cuenta con una regulación que prohíba la práctica de conductas relacionadas con el uso de células humanas u óvulos humanos con un genoma modificado artificialmente con fines de fecundación o de reproducción; la fecundación de óvulos con fines distintos a la investigación terapéutica; o la práctica de conductas relacionadas con la manipulación genética, como la creación de híbridos; quimeras; clonación; o la maternidad subrogada entre especies diferentes, tenemos que esta legislación dista mucho de dar una protección integral a los bienes jurídicos de la Integridad e inalterabilidad de la composición genética humana y la libertad de elección relacionada con la práctica de una técnica de reproducción asistida ola disposición de células germinales sin consentimiento, por lo que la inclusión de un dispositivo como el del propuesto “artículo 326” resultaría eficaz.

CHIAPAS DURANGO Y EL DISTRITO FEDERAL.

Una vez analizados los dispositivos penales vigentes para los Estados de Chiapas, Durango y el Distrito Federal podemos concluir que su estructura es muy similar aunque como veremos requieren uniformidad de criterios.

En este orden de ideas el texto de los artículos 184 del Código Penal para el Estado de Chiapas, 149 del Código Penal para el Distrito Federal y 183 de Código Penal para el Estado de Durango, relativos a la disposición de óvulos o esperma con fin distinto al autorizado por su donante, aun y cuando son idénticos en la redacción de la hipótesis punible, varían en cuanto a las sanciones pecuniarias, por lo cual la inclusión en dichos códigos de un artículo como el propuesto “325” sería idóneo, ya que además se incluiría la hipótesis de la utilización de óvulos o esperma sin consentimiento de quien en forma natural los produjo.

En el caso de los artículos 185 del Código Penal para el Estado de Chiapas, 150 de Distrito Federal y 184 de Código Penal para el Estado de Durango, son similares variando en la pena privativa de la libertad y en el caso de Durango no establece las agravantes de realización con violencia o de resultar un embarazo. Atento ha lo cual sería idónea la inclusión en estos códigos de un dispositivo como el propuesto en el “artículo 325 bis”.

En este orden de ideas continuaremos señalando que, específicamente en los artículos 186 del Código Penal para el Estado de Chiapas, 151 del Código penal para el Distrito Federal y 185 de Código Penal para el Estado de Durango, relativos al implante de óvulo sin consentimiento de la mujer o con el consentimiento de una menor o incapaz, consideramos adecuado establecer las hipótesis propuestas en el “artículo 325 ter”, ya que se incluiría la hipótesis de la extracción de óvulo.

Continuando con nuestro análisis hemos apreciado que los artículos 187 del Código Penal para el Estado de Chiapas, 186 de Código Penal para el Estado de Durango, y 152 de su similar para el Distrito Federal, aunque

parecidos todos en su redacción el único que requiere una adecuación es el caso del Distrito Federal, ya que el texto del primer enunciado señala que, “Además de las penas previstas en el capítulo anterior se impondrá suspensión para ejercer la profesión...”, con lo cual se incurre en un error semántico, consistente en remitir a un capítulo distinto al que pertenecen dichos artículos, lo cual será fuente de confusión, al momento de aplicar las penas correspondientes.

Por lo antes señalado, consideramos que, el texto idóneo sería el siguiente, “Artículo XY.- Además de las penas previstas en este capítulo, la autoridad jurisdiccional podrá imponer a los responsables la suspensión para ejercer la profesión, o, en caso de tratarse de servidores públicos, la destitución e inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.”

Siguiendo con nuestro análisis hemos apreciado que el caso de Durango, este estado no cuenta con un dispositivo legal como los establecidos en los artículos 188 del Código Penal para el Estado de Chiapas, y 153 de su similar para el Distrito Federal, considerando idónea su inclusión en dicho cuerpo legal. Por lo que este caso, se vería subsanado con el texto propuesto del artículo 325 ter, específicamente su párrafo segundo.

Finalizaremos nuestro análisis con los artículos 189 del Código Penal para el Estado de Chiapas, 188 de Código Penal para el Estado de Durango y 154 de su similar para el Distrito Federal, encargados de regular las conductas relativas a la manipulación genética, los cuales solo difieren en el caso de la fracción tercera, esto es así ya que en el caso de Durango se refieren a, “realizar procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos” y en el caso de Chiapas y el Distrito Federal se habla de, “crear seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.”

Por lo cual las legislaciones arriba citadas, establecen una protección parcial del bien jurídico consistente en la integridad e inalterabilidad de la composición genética humana, el cual sería protegido de forma más completa

si se incluyera la prohibición del uso de células humanas u óvulos humanos con un genoma modificado artificialmente con fines de fecundación o de reproducción; la fecundación de óvulos con fines distintos a la investigación terapéutica; la creación de híbridos, de quimeras; la clonación humana; o la maternidad subrogada entre especies diferentes. Aquí propondríamos la modificación en base al “artículo 326”.

QUERÉTARO Y QUINTANA ROO

En el caso de Querétaro y Quintana Roo por cuanto a las hipótesis de la disposición o utilización de óvulos o espermatozoides sin consentimiento de quien en forma natural los produjo Quintana Roo es omiso en el tema y Querétaro carece de una regulación adecuada, por lo cual en ambos casos la inclusión del propuesto “artículo 325” sería el apropiado.

Respecto a los artículos 147 del Código Penal para el Estado de Querétaro y 113-bis del Código Penal para el Estado de Quintana Roo apreciamos que el texto es el mismo para ambos artículos, variando en la pena privativa de la libertad. Dichos textos coinciden en parte con el propuesto en el “artículo 325 bis”, sin embargo sería idóneo que se homologaran en base al referido artículo.

Por cuanto a los artículos 148 del Código Penal para el Estado de Querétaro y 113-TER del Código Penal para el Estado de Quintana Roo, consideramos adecuado suprimir las hipótesis que se refieren a la utilización de un óvulo ajeno o de óvulo fecundado con espermatozoides de donante no autorizado, bajo el mismo argumento esgrimido en el caso similar de Chiapas, Distrito Federal y Durango, considerando adecuado establecer un dispositivo como el propuesto “artículo 325 ter”, ya que se incluiría la hipótesis de la extracción de óvulo.

Respecto al artículo 149 del Código Penal para el Estado de Querétaro el inicio del texto señala que, “Además de las penas previstas en el capítulo anterior se impondrá suspensión para ejercer la profesión...”, con lo cual (al

igual que en otros códigos estatales), se incurre en un error semántico, consistente en remitir a un capítulo distinto al que pertenecen dichos artículos, lo cual puede ser fuente de confusión al momento de aplicar las penas correspondientes, contrario a lo establecido en su similar el párrafo tercero del artículo 113 QUINTIES del Código Penal para el Estado de Quintan Roo.

Finalmente los artículos 149 y 150 del Código Penal para el Estado de Querétaro y el artículo 113-QUINTIES del Código Penal para el Estado de Quintana Roo, presentan la siguiente situación; para empezar en el caso de Quintana Roo se encierra en este solo artículo las hipótesis de relativas a la procedibilidad de la querrela cuando entre el activo y la pasivo exista relación de matrimonio, concubinato o relación de pareja; la agravación de la pena si resultan hijos a consecuencia de la comisión de dichos delitos; la reparación del daño consistente en el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil, y la suspensión para ejercer la profesión o, en caso de servidores públicos, inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, así como lo destitución, las cuales se integran en los dos artículos en el caso de Querétaro. Sin embargo consideramos idóneo la aplicación de los dispositivos propuestos en “el párrafo segundo del artículo 325 ter, 327 y 328.

Finalmente sería viable establecer un dispositivo similar al “artículo 326”, ya que tanto Querétaro y Quintana Roo carecen de una regulación a cerca de penalizar el uso de células humanas u óvulos humanos con un genoma modificado artificialmente con fines de fecundación o de reproducción; la fecundación de óvulos con fines distintos a la investigación terapéutica, la creación de híbridos, de quimeras, la clonación humana; o la maternidad subrogada entre especies diferentes,

CHIHUAHUA, GUERRERO, HIDALGO, MORELOS, SAN LUIS POTOSÍ, SINALOA Y TABASCO

Una vez analizados los dispositivos penales vigentes para los estados de Chihuahua, Guerrero, Hidalgo, Morelos, San Luis Potosí, Sinaloa y Tabasco, podemos concluir que ninguno cuenta con regulación a cerca de disposición de óvulos con fines distintos a los autorizados por sus donantes, o implante de un óvulo fecundado, sin el consentimiento expreso de la paciente o del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz, ni de las conductas ilícitas relativas a la manipulación genética, sin embargo si establecen hipótesis dispares respecto a la inseminación artificial o asistida sin consentimiento de la mujer o con consentimiento de una menor de edad o incapaz. Por lo que en el caso, a fin de unificar criterios respecto a la materia planteamos el establecimiento completo de nuestra propuesta.

COAHUILA.

Una vez analizado el dispositivo penal vigente para el Estado de Coahuila podemos concluir que, primeramente, dicho código reúne en un artículo lo que denomina como figuras típicas de manipulación genética y de inseminación artificial indebida.

Dicha legislación es omisa tocante a las figuras de disposición de óvulos o esperma sin consentimiento de quien en forma natural los produjo o con fines distintos a los autorizados por sus donantes; la clonación, la extracción o implante de un óvulo sin el consentimiento expreso de la paciente o del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz, figuras que sería idóneo incluir en dicho código.

No obstante lo anterior este Código resulta interesante, toda vez que si bien no maneja la figuras “típicas”, si establece otras de igual relevancia e interés. En este orden de ideas consideramos que las fracciones de la III a la VII refieren al campo experimental netamente, por cuanto hace a las fracciones

restantes, I, II y VIII, estas se refieren al campo de la reproducción humana relacionada con la manipulación genética.

Respecto a la fracción II consideramos que, la misma, es un precepto complementario de la fracción que le antecede, ya que siguiendo la tesitura de la fracción I, al prohibir esta la modificación artificial de genoma de una célula humana, lo que se busca con el dispositivo de la fracción II es evitar la importación o introducción y posterior utilización en el territorio estatal de células humanas cuyo genoma haya sido modificado artificialmente en territorio distinto al suyo, lo cual es acertado, al haber entidades federativas que no regulan dichas conductas como ilícitas.

Por cuanto hace a las fracciones III, IV y VII, consideramos que, las dos primeras refieren a métodos o técnicas conocidas hoy en día, que pueden utilizarse para la creación de un híbrido de manera asistida o artificial, por tanto la fracción VII se estará refiriendo de manera genérica y no específica a la “realización de una hibridación”, como se hace en las fracciones III y IV, considerando que la fracción VII está previendo la aplicación de una técnica nueva o desconocida dentro del ámbito científico mexicano para crear un híbrido. Sin embargo y aun y cuando, es la única legislación que hace mención del término “híbrido”, falta la inclusión de un dispositivo que de forma clara prohíba la creación de “quimeras”, por lo cual sería idónea la inclusión de un dispositivo como el propuesto en la “fracción VIII del artículo 326”.

Tocante a las fracciones II y VIII proponemos, en atención a su redacción, una fusión de las mismas, de la siguiente manera, “Artículo XY.- Se aplicará prisión de dos a seis años y multa, a quien:

“II.- Use células humanas con fines de fecundación o de reproducción, con un genoma modificado artificialmente.”

Finalmente en la legislación penal de Coahuila, apreciamos que, no se permite la modificación artificial del genoma de una célula reproductora humana con la finalidad de eliminar o disminuir alguna enfermedad grave o

tara. Por lo cual proponemos se incluya, en la fracción I, un dispositivo al respecto, el cual podría quedar de la siguiente forma:

Artículo XY.- Se aplicará prisión de dos a seis años y multa, a quien:

I.- MODIFICACIÓN ARTIFICIAL DE GENOMA HUMANO. Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, modifique artificialmente el genoma de una célula reproductora humana o manipule genes humanos de manera que se altere el genotipo.

ESTADO DE MÉXICO.

Una vez analizado el dispositivo penal vigente para el Estado de México podemos concluir que, primeramente, dicho código concentra en un artículo lo que denomina como figuras típicas de manipulación genética, y en otro la disposición de células y procreación asistida. Por otra parte es omisa tocante a la figura de la inseminación asistida o artificial sin consentimiento de la mujer o con el de una menor de edad o incapaz.

En este entendido podemos señalar respecto al artículo 251-bis, que coincidimos con la hipótesis que se maneja en la fracción I del mismo. No obstante lo anterior por cuanto hace a la fracción II, consideramos idóneo modificarla y complementarla con las hipótesis que proponemos en las “fracciones II y III del artículo 326”.

En tanto que la fracción III, del referido artículo, si realizamos un pequeño ejercicio de sintaxis, podemos darnos cuenta de que una de sus hipótesis tiene una redacción confusa, es decir la primera hipótesis quedaría entendida así: “...Se impondrán de dos a seis años de prisión, inhabilitación hasta por el mismo tiempo para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos, profesión u oficio y multa hasta de trescientos días de salario, a quienes, mediante la clonación, pretendan la creación de seres humanos...”; la segunda hipótesis quedaría así, “...se impondrán de dos a seis años de prisión, inhabilitación hasta por el mismo tiempo para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos, profesión u oficio y multa hasta de trescientos días de

salario, a quienes, mediante otros procedimientos, pretendan la creación de seres humanos....”; lo cual no tiene sentido, por lo cual para salvar dicho error, sería más adecuada la siguiente redacción:

Artículo 251 BIS.- Se impondrán de dos a seis años de prisión, inhabilitación hasta por el mismo tiempo para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos, profesión u oficio y multa hasta de trescientos días de salario, a quienes:

III. Mediante la clonación, alguna técnica de ingeniería genética o cualquier medio artificial, procreen seres humanos idénticos o con el mismo genotipo y/o fenotipo.

En otro orden de ideas consideramos que, en el artículo 251-ter, fracción I, al incluir la figura de “los depositarios”, se refiere a quienes en general, tendrán bajo su resguardo (deposito) dichas células, y no, por ejemplo, a la mujer que puede ser inseminada, ya que esta no será depositaria en este sentido, sino sujeto de la aplicación de una inseminación asistida, lo cual no es lo mismo. De manera que hablar de “depositarios” en el sentido que da la fracción I del citado artículo, entendemos es referirnos a sus resguardantes fuera del seno materno, no a la mujer a quien se le puede aplicar una inseminación asistida con o sin su consentimiento, por lo cual equipararlas resulta ambiguo.

De manera que proponemos la inclusión de dispositivos que regulen la disposición sin consentimiento de óvulos o espermatozoides y la inseminación asistida indebida de una mujer, de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 251 ter.- Se impondrá de dos a siete años de prisión y quinientos días de multa a quien:

I.- Disponga o utilice óvulos o espermatozoides sin consentimiento de quien en forma natural los produjo o para fines distintos a los autorizados por sus donantes.

II.-Sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial.”

Por cuanto hace a la actual fracción II del citado artículo, pasaría a ser la fracción III, con las siguientes modificaciones:

III.-Extraiga o implante a una mujer un óvulo sin su consentimiento, o sin el de los donantes, o con el consentimiento de una menor de edad o de un incapaz para comprender el hecho o para resistirlo. (...)

Así mismo cabe señalar que dicho código no establece regulación respecto a la clonación, creación de híbridos, quimeras, o la maternidad subrogada entre especies diferentes, por lo cual sería idónea la inclusión de dispositivos como los propuestos en las “fracciones V a la X del artículo 326”.