

320809

UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MÉXICO.

2
2e



**PLANTEL TLALPAN.
ESCUELA DE DERECHO.**

**CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.**

(TEMA DE TESIS).

**VIABILIDAD DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN LA
LEGISLACIÓN MEXICANA Y SU NECESIDAD DE
REGULACIÓN EN MATERIA PENAL.**

T E S I S

QUE PRESENTA

LUIS NORBERTO ARDAVÍN PÉREZ

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

**ASESOR DE TESIS:
LIC. TOMÁS DE JESÚS CORTÉS SAMPERIO**

MÉXICO, D.F.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

MCMXCIV



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS.

A MIS PADRES.

ALFONSO (q.e.p.d.): Quien siempre ha sido un ejemplo en mi vida enseñándome a amar, respetar, y creer en mis ideales, dejándome como su mejor legado la honestidad, la lealtad, su amistad, y apoyo siempre incondicionales.

BECKY (q.e.p.d.): El ser más importante, le doy las gracias por haberme dado la vida, quien siempre con su amor y ternura tan esenciales en mi existencia han sido valores fundamentales para mi desarrollo como ser humano y hombre.

MIS HERMANOS. GONZALO DANIEL, MIGUEL ÁNGEL, JOSÉ MANUEL, (q.e.p.d.), **FRANCISCO SERGIO:** Por su cariño y consejos siempre oportunos e incondicionales, quienes con su ejemplo me ayudaron a ser mejor.

MI HERMANA. LUCÍA BECKY: Quien con su amor, ternura, ejemplo, y consejos siempre ha sido parte fundamental para mi desarrollo personal y profesional, enseñándome a crecer tanto moral como espiritualmente.

MI NOVIA. MARÍA TERESA: Por llenar mi vida de momentos muy importantes, y apoyarme incondicionalmente en todo lo que juntos hemos emprendido basando nuestra relación en el respeto y amor mutuos.

MI ESPOSA. RAFFAELLA DEL SOCORRO (q.e.p.d.): Por haberme amado, apoyado, y creído en mí siempre durante su corta vida.

MIS CUÑADAS. MARÍA DEL CONSUELO, ORQUÍDEA, REBECA: Por su apoyo, consejos y por obsequiarme un sentimiento muy especial.

MIS AMIGOS. Con quienes a través de los años hemos fincado nuestra relación basada en el respeto, cordialidad y apoyo mutuos de manera importante.

LIC. TOMÁS DE JESÚS CORTÉS SAMPERIO: Por su asesoría y por haber creído en el tema de este trabajo, así como por su amistad y consejo profesional siempre oportuno.

LIC MARTÍN GALINDO GARCÍA: Siempre amigo y maestro al cual le agradezco de manera especial el apoyarme en mi desarrollo profesional diario.

A MIS MAESTROS: LIC RENÉ PALAVICCINI ESPONDA, LIC. IGNACIO PÉREZ COLÍN, LIC ÓSCAR BARRAGÁN, LIC. RAFAEL SÁNCHEZ URIBE, LIC. JOAQUÍN CAMACHO LAZO DE LA VEGA, LIC. ANÍBAL GUILLERMO CUÉN RODRÍGUEZ, LIC. MARÍA DOLORES TAVIZÓN, LIC. LAURA ANGÉLICA GUTIÉRREZ.

A quienes con sus consejos y conocimientos jurídicos a través de sus cátedras, formaron en mí el criterio jurídico y reafirmaron mi vocación hacia la ciencia jurídica.

ÍNDICE.

ÍNDICE.	iv
INTRODUCCIÓN.	vi

VIABILIDAD DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA Y SU NECESIDAD DE REGULACIÓN EN MATERIA PENAL

CAPÍTULO I.	1
A.> ANTECEDENTES DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.	1
B.> GENERALIDADES.	1
C.> DEFINICIÓN DEL DELITO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL ILÍCITA.	2
D.> FUNDAMENTO LEGAL.	6
E.> CLASIFICACIÓN DEL DELITO.	12
1.- Por el elemento Interno o de Culpa.	14
2.- Por su duración.	14
3.- Conforme a la Conducta del Agente.	16
4.- Por el resultado.	17
5.- En relación al daño que causen.	18
6.- Delitos Simples y Complejos.	19
7.- Delitos Unisubsistentes y Plurisubsistentes.	19
8.- Delitos Unisubjetivos y Plurisubjetivos.	20
9.- Por la Forma de su Persecución.	20
F.> MATERNIDAD SUBROGATIVA.	22
G.> REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.	24
H.> LA FERTILIDAD EN EL SER HUMANO.	26
CAPÍTULO II	28
A.> DESCRIPCIÓN DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.	28
B.> SEMEN.	29
C.> ESPERMA.	30
D.> APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN LOS ÁMBITOS DE VALIDEZ, EN LA FIGURA DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.	31
1.- ÁMBITO DE VALIDEZ MATERIAL.	31
E.> AUTORIDAD COMPETENTE EN LA TRAMITACIÓN DEL DELITO.	36
F.> ÁMBITO DE VALIDEZ ESPACIAL.	39

CAPÍTULO III.	50
A.> ELEMENTOS JURÍDICOS EN LA FIGURA DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL ILÍCITA.	50
B.> CONDUCTA Y SU AUSENCIA.	50
C.> OBJETO DEL DELITO.	57
D.> TIPICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.	58
E.> ANTIJURIDICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.	61
F.> IMPUTABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.	64
G.> CULPABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.	66
1.- Dolo.	66
2.- Culpa.	67

CAPÍTULO IV.	71
A.> EUGENESIA.	71
B.> FERTILIZACIÓN IN VITRO.	73
C.> TRANSFERENCIA INTERFALOPIAL DE GAMETOS.	76
D.> INSEMINACIÓN INTRAUTERINA.	77
E.> MEDIOS PROBATORIOS EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL ILÍCITA.	78
F.> ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 206 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.	80
G.> DILIGENCIAS O ACTUACIONES NECESARIAS PARA INTEGRAR LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL SUJETO ACTIVO.	85
H.> CARÁCTER CIENTÍFICO DE LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL ILÍCITA.	110

CAPÍTULO V. CRÍTICA JURÍDICA DEL PRECEPTO 466 DE LA LEY GENERAL DE SALUD.	118
A.> ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 466 DE LA LEY GENERAL DE SALUD.	118
B.> NECESIDAD DE LEGISLAR EN LA FIGURA JURÍDICA DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL ILÍCITA.	119

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN.

Al término de este sencillo trabajo de tesis, más que un estudio especializado, contiene un acervo cultural de quienes con sus conocimientos formaron parte de mi criterio, constituyendo la otra, el resultado de mis razonamientos, ideas, sentimientos que como a todos nos singularizan dentro del gran mundo social en que vivimos.

La información que sobre los temas en ella tratados y que tienen por objeto un breve estudio del delito especial denominado "Inseminación Artificial lícita" el cual se encuentra descrito en una ley de carácter federal, denominada Ley General De Salud; tal estudio versará sobre la posibilidad de que existan reformas en materia de delitos especiales y concretamente en el de inseminación artificial, tomando como base la estructura sistemática en relación con el Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, y que su tramitación abarque todos y cada uno de los aspectos medico legales, científicos, para que en su oportunidad responda a la realidad que nos plantea la ciencia.

Como se menciona anteriormente, el presente trabajo pretende analizar en forma específica la figura jurídica de la Inseminación Artificial lícita regulada por el artículo 466 de la Ley General de Salud ya que este contiene ausencia de tipo legal por lo que es necesario hacer un planteamiento jurídico mejor enfocado hacia el caso concreto que nos avoca.

Se puede decir que en las leyes, tratados internacionales, y

ordenamientos de todo tipo que regulan y protegen al ser humano o mujer al ser inseminada por vías no naturales, es necesario que los juristas no deban concentrarse exclusivamente a perfeccionar técnicamente las leyes, sino también en pensar en superar la estructura ideológica de los Códigos Penales, Civiles, de Salud, etc. para no sufrir rezagos en nuestro desarrollo jurídico y así poderlos relacionar con la ciencia y la tecnología con el objeto de no quedarse atrás.

Precisamente, no nos ha movido a ello un mero afán de emulación, sino el mas hondo deseo de compulsar el criterio jurídico sobre la materia a la luz de nuestra concepción, para dejar registrado como un nuevo cuestionamiento entre otros, el que dentro de los requisitos de procedibilidad en la investigación del delito de Inseminación Artificial ilícita, para su integración, deba ser la denuncia o acusación, debiendo ser encuadrado dentro de los delitos que se persiguen de oficio y que son de carácter federal

El tema lo elegimos por su gran interés y por lo complejo de su proliferación tanto a nivel mundial como nacional que es lo que mas nos intereza, la Inseminación Artificial Ilícita y su necesidad de regulación legal, por la diversidad de modalidades en que puede afectarse el bien jurídico tutelado, que es el ser humano, en este caso concreto la mujer que es inseminada artificialmente.

Toda vez que uno de los objetos primordiales de la ciencia jurídica es la protección del ser humano, y por consiguiente la vida humana, la cual debe ser absolutamente respetada desde la unión de las dos

células germinales en forma artificial. Por lo que se analiza que sin el derecho humano a la vida no podemos hablar de los otros derechos que tendrá el individuo.

Por la proliferación de esta actividad a nivel mundial que se esta dando, es menester observar este delito de manera muy especial para crear normas de salud e higiene en todos los campos del Derecho.

En tal virtud existen personas enlazadas a la tecnología y a la misma realidad, con ansiedad de revelar técnicas de reproducción humana, dando pie a un sin número de crímenes, arriesgandose en experimentos, donde la vida del ser humano es objeto de la ciencia y la tecnología, olvidandose totalmente del valor de la vida humana lo que conlleva a la pérdida de los derechos innatos de la persona.

Los juristas de todo el mundo tratan el tema, aportando ideas, sin embargo en nuestro derecho, la ley solo regula algunas transacciones civiles y mercantiles sobre el cuerpo humano, sus sistemas, aparatos, órganos y fluidos.

El jurista debe buscar con ello, proteger a la mujer que se le insemina artificialmente lográndolo con apropiadas técnicas de reproducción y una adecuada legislación, por lo que la base fundamental del presente trabajo lo constituyen los aspectos jurídicos, y científicos.

Por último, para concluir estas breves líneas, agradezco de antemano la valiosa cooperación de todos y cada uno de los profesionales que a través de sus vastos conocimientos y ayuda hicieron posible el logro de uno de mis más grandes anhelos.

CAPÍTULO I

A.> ANTECEDENTES DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

B.> GENERALIDADES.

C.> DEFINICIÓN DEL DELITO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL ILÍCITA.

D.> FUNDAMENTO LEGAL.

E.> CLASIFICACIÓN DEL DELITO.

1.- Por el elemento interno o de Culpa.

2.- Por su duración.

3.- Conforme a la Conducta del Agente.

4.- Por el resultado.

5.- En relación al daño que causen.

6.- Delitos Simples y Complejos.

7.- Delitos Unisubsistentes y Plurisubsistentes.

8.- Delitos Unisubjetivos y Plurisubjetivos.

9.- Por la Forma de su Persecución.

F.> MATERNIDAD SUBROGATIVA.

G.> REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

H.> LA FERTILIDAD EN EL SER HUMANO.

VIABILIDAD DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA Y SU NECESIDAD DE REGULACIÓN EN MATERIA PENAL.

CAPÍTULO I.

A.> ANTECEDENTES DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

En 1780, los primeros experimentos de inseminación artificial se llevaban a cabo con anfibios. posteriormente involucraron perros. Durante 1901, el biólogo ruso, ILYA IVANOVICH IVANOV, comenzó a experimentar con caballos. En 1936, en la entonces Unión Soviética, se habían inseminado artificialmente 6 millones de cabezas de ganado ovino y vacuno, con el tiempo, la técnica se utilizó con parejas con problemas para concebir.

En 1978, en Inglaterra, nació el primer bebé de probeta como resultado de una VITRO FERTILIZACIÓN IMPLANTADA en el útero de la madre.

B.> GENERALIDADES.

Como es sabido, el Derecho Penal se caracteriza por proteger los valores fundamentales del orden social, por ello, debe limitarse al castigo de conductas que violan los más elementales deberes ético-sociales.

Así mismo, el elemento fundamental para que sea admisible la tipificación de un delito, es que exista una necesidad social digna de

protegerse, esa necesidad es condición "*Sine Qua Non*" para darle intervención al Derecho Penal, de lo contrario, sino estamos ante la presencia de un bien jurídico que merezca ser protegido penalmente, se estaría violando el principio de la intervención mínima del Derecho Penal.

En consecuencia, los delitos son configurados con la finalidad de proteger los valores fundamentales de la sociedad, pero el Derecho Penal, debe reaccionar únicamente ante las modalidades de ataque que sean especialmente peligrosas para los bienes jurídicos.

En cada situación histórica y social de cada grupo humano, los presupuestos imprescindibles para una existencia en común, se concretan en una serie de condiciones valiosas, tales como, la vida, la integridad corporal, la libertad de actuación, o la propiedad, es decir, los llamados bienes jurídicos, por lo tanto el Derecho Penal tiene que asegurar tales bienes, penando su lesión en determinadas circunstancias.

Derivado de lo anterior y tomando en consideración, que en el presente caso a estudio la Inseminación Artificial "ILÍCITA". como conducta, esta lesionando un bien jurídico tutelado, por la norma es menester entrar al estudio de tal conducta, con el objeto de establecer las bases para que en un futuro pueda legislarse sobre el particular.

C.> DEFINICIÓN DEL DELITO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL ILÍCITA.

Como en toda definición o casi siempre, es el resultado de un silogismo que plantea bien el problema pero que nada nuevo

descubre. Respecto del delito es un acto penado por la Ley, como así lo disponen algunos Códigos Latinoamericanos, de igual forma lo define el mexicano, y aún cuando éste podría entenderse o tomarse como la negación del derecho, se acepta, sin embargo, es procedente dejar asentado que el delito desde el plano jurídico, es un acto u omisión antijurídico y culpable.

Ahora bien, respecto al caso concreto, tomando en consideración que a la fecha no se encuentra antecedente alguno que defina como tal a la figura "Inseminación Artificial", luego entonces mucho menos existirá definición de tipo legal para la misma, ya que tan solo el artículo 466 de la Ley General de Salud, se refiere a la penalidad que debe imponerse a quien practique tal actividad en el cuerpo de una persona del sexo femenino.

Actualmente el artículo 466 de la Ley General de Salud, establece: "Al que sin consentimiento de una mujer, o aún con el 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 el embarazo se impondrán de dos a ocho años. La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada artificialmente, sin la conformidad de su cónyuge". (1)

Como puede observarse tal precepto no proporciona una definición, por lo que es necesario de alguna manera tratar de definir, tanto la

¹.- GARCIA DOMINGUEZ, Miguel Angel. Los Delitos Especiales Federales, edit. Trillas, p. 130.

palabra "Inseminación", así como el contenido de "Ilícitud".

Según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, define la palabra inseminación como: "La introducción de esperma en las vías genitales de la mujer o de la hembra en los animales por un procedimiento artificial"; así mismo a la ilicitud la consideramos como a "Los actos u omisiones producidas y prohibidas por la ley".

Para el efecto de poder definirla de manera legal, en virtud de que se está ante la presencia de una actividad a la cual se aplica una penalidad, lógicamente nos conduce a pensar en un delito, y precisamente para que se dé el mismo, resulta esencial que exista una conducta antijurídica y culpable; entre otros aspectos, y a la cual necesariamente haya que aplicarle una sanción.

Con el propósito de entrar de fondo a la figura delictiva de "Inseminación Artificial Ilícita", es necesario citar algunas definiciones; que sobre el delito específico nos proporcionan algunos autores, pudiendo observar que tanto estudiosos de la Escuela Clásica, como del Derecho Positivo Mexicano, contienen la misma esencia respecto de la definición tal y como puede observarse en las siguientes:

Francisco Carrara define al delito como: "La infracción de la Ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso". (2)

².- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, vigésima edición, edit. Porrúa, S.A. pp. 125 y 126.

Jiménez de Asúa lo define como: "Acto típicamente antijurídico y culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un individuo y sometido a una sanción."³)

Y el delito para el Derecho Positivo Mexicano, establecido precisamente en el artículo 7º del Código Penal de 1931, y vigente para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, dice: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

Si bien es cierto, se puede criticar que la misma es una definición formalista, es cierto que reúne los requisitos para los fines prácticos y objetivos de la ley penal.

De lo anterior, y ya teniendo como base la definición de delito, siendo que todo tipo penal se encuentra previamente establecido, para posteriormente aplicarle la sanción respectiva, es menester tratar de buscar a manera de esbozo, una explicación que de acuerdo a dicho concepto se encuentre unido lógicamente y jurídicamente, así pues, la "Inseminación Artificial Ilícita" que contempla la Ley General de Salud en su artículo 466, podría ser la siguiente: "Son las maniobras o artificios, realizados intencionalmente o de manera dolosa, en el cuerpo de una persona del sexo femenino, sin su consentimiento o con él, en el supuesto que se tratará de menores de edad o incapaces, a efecto de que sin tener cópula, se haga llegar el semen o esperma a su óvulo, con fines de producir un embarazo el cual puede

³.- JIMENEZ, De Asúa Luis. La Ley y el Delito Principios de Derecho Penal, sexta edición, edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1973, p. 202.

ocasionarse o no.

Nótese que la definición no precisa los artificios realizados de manera dolosa o culposa, pues tales no tienen sentido en el fin que se persigue, siendo en todos los casos doloso.

D.> FUNDAMENTO LEGAL.

El Código Penal, no agota todo el contenido del Derecho Penal, en el sistema jurídico existe un enorme número de normas extravagantes en relación con el Código Penal, los cuales constituyen un complejo heterogéneo, al que se suele catalogar en el rubro de delitos especiales.

Dentro de ese universo de normas, hay algunas que ofrecen ciertas variantes, particularidades, especialidades, modalidades, o excepciones, si se les analiza a la luz del Derecho Penal tradicional; pero tomando en consideración que a partir de la realidad legislativa suele considerarse que el Derecho Penal Especial, ésta constituido por una serie de órbitas de especialidad jurídica, cuya necesidad nace de exigencias prácticas y teóricas que representan modalidades de los principios generales del Derecho Penal. Por consiguiente, las distintas áreas que existen en este campo vendrían a ser ramas especiales del Derecho Penal, es decir, se esta en presencia de singulares derechos sancionadores con particularidad "*Sul Générés*".

Sin embargo, los delitos tipificados en las distintas leyes administrativas, constituyen lisa y llanamente delitos de naturaleza sustanciosamente idénticas a los delitos incorporados al Código

Penal, es decir, se está en presencia de singulares derechos sancionadores, y las circunstancias de que estos ilícitos y sanciones se contengan en leyes administrativas no quiere decir que en el momento en que se den y al aplicarle sanción se violen garantías, pues no debe confundirse la naturaleza de las normas con la denominación de las leyes, se trata de un sector del Derecho Penal que aún no ha emigrado del campo de la Legislación Administrativa al Código Penal, pero que por ello, no deja de ser constitutivamente Derecho Penal.

En el presente caso a estudio y por tratarse de un delito especial, emanado de una ley de tipo federal, y para tal efecto tratar de establecer su fundamento legal resulta necesario; hacer un breve análisis respecto de los artículos 4º, 14º, y 16º Constitucionales, (estos dos últimos con importantes reformas) que comentaremos posteriormente en relación con la supremacía constitucional, así mismo de los artículos 6º del Código Penal, y lógicamente del 466 de la Ley General de Salud.

El artículo 4º Constitucional y específicamente en sus párrafos segundo y tercero establecen: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable, e informada sobre el número y espaciamento de sus hijos. Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las Entidades Federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución".

Resultaría violatorio de la garantía a que se alude, el inseminar a una mujer, sin el consentimiento de ésta, o bien, obteniéndolo, pero que esto fuera nulo de pleno derecho, ya sea por ser menor de edad, o porque se trate de una persona incapaz. En primer lugar se estaría contrariando tal precepto, en virtud de que el objetivo, es el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamento de sus hijos, implicando este derecho tanto al hombre como a la mujer en la adopción de tales actitudes como base de la vida en común; en segundo lugar, la incorporación de valores culturales relacionados con las más simples funciones vitales, tales como es la actividad reproductiva, pues de manera un tanto teológica, ésta figura que es fundada en el amor y comprensión que debe existir en la pareja humana, la conduzca sin coacción alguna a decidir tanto en el número como en el espaciamento de sus hijos.

Si bien es cierto que, por el avance científico en el que actualmente se encuentra nuestra sociedad, esto desde luego no justifica de manera alguna la conducta para realizar tal actividad, como lo es la Inseminación Artificial lícita, puesto que aún cuando por un lado se estaría ante la presencia de un desarrollo científico, también es cierto que se esta violando un precepto legal; refiriéndose desde luego cuando no exista el consentimiento del cónyuge varón.

Respecto del fundamento que se establece en el artículo 14º Constitucional, y precisamente en el segundo párrafo, el cual a la letra dice: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate".

Debe tomarse en consideración que dicha garantía tiene como campo de vigencia la materia Procesal Penal, e implica el principio de legalidad que se enuncia; "*Nulla poena, nullum delictum sine lege*". En tal virtud, un hecho que no este refutado por la ley no será delictuoso, en el párrafo a que se ha hecho referencia y a través de la interpretación del concepto legal del delito se puede considerar involucrado dentro de esta disposición constitucional y de acuerdo al artículo 7º del Código Penal desde luego al momento de definir al delito; "Como todo acto u omisión que sancionan las leyes penales"; por tanto, para que un hecho en el sentido "*Lato Sensu*", (positivo u omisión) constituya un delito es necesario que exista una disposición al que establezca una pena para su autor, por lo que cuando no exista aquella el acto u omisión no tiene carácter delictivo.

En consecuencia para que un hecho determinado sea considerado como delito y con motivo de aplicación de una pena, a la luz de dicho precepto constitucional, es necesario que exista una ley que repunte a aquel como tal, o sea, que haya disposición legal para que se le atribuya una penalidad correspondiente; puesto que de lo contrario se violaría el mencionado artículo de la carta magna, cuando así se pretendiera aplicar una sanción penal a un hecho que no este considerado legalmente como delito.

En otras palabras, para todo delito la ley debe específicamente señalar la penalidad correspondiente. Por ende se infringiría este precepto cuando se aplique a una persona penalidad alguna que no este debidamente establecida por la ley, directa y expresamente a un delito determinado.

Puede suceder que un hecho este catalogado por una disposición legal como delito, no obstante, si dicha disposición legal no consigna la pena que a de imponerse a su autor la autoridad correspondiente no puede aplicar ninguna sanción pues sería violatorio de la garantía.

En relación al caso concreto, si bien es cierto que tal disposición o tipo no se encuentra establecida dentro del Código Penal, no menos es cierto que si existe disposición legal como lo es el artículo 466 de la Ley General de Salud; el cual específicamente señala penalidad para el autor de tal hecho, no obstante que es omiso para la aplicación de penalidad alguna en su último párrafo; lo que en tal caso al aplicarse sanción se estaría violando dicha garantía constitucional.

De tal manera resulta necesario legislar en cuanto al último párrafo del artículo 466 de la Ley General de Salud.

Como fundamento legal, es preciso también tocar otras de las garantías de seguridad jurídica, misma que se encuentra establecida en el artículo 16° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en esencia en su segunda parte, misma que establece: "No podrá librarse ninguna orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad y existan datos que acrediten los elementos que integren el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado..."

Relacionando la garantía a que se ha hecho alusión, en especial al presente trabajo, resulta esencial hablar de la existencia de una

denuncia o acusación; no pudiendo hablarse en el caso concreto de querrela; en virtud de que la misma ley es la que precisa en que caso concreto a de perseguirse un ilícito por querrela de parte ofendida, y como en el precepto establecido en el artículo 466 de la Ley General de Salud no establece tal requisito de procedibilidad, obviamente el delito se perseguirá de oficio.

Resulta desde luego lógico, que en el artículo constitucional mencionado es considerado como fundamento legal para el caso de que exista acusación o denuncia de un hecho; en este caso, los actos tendientes a inseminar artificialmente a una persona (mujer) fuera de las disposiciones que establece la ley especial.

También tiene su fundamento en lo establecido por el artículo 6° del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia federal, por lo que dada su importancia se transcribe:

Art.- 6°.- Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero si en una ley especial, se aplicará esta observando las disposiciones conducentes de este Código.

Como se puede observar, el Código Penal da la pauta para aplicar sanción al sujeto activo del delito de Inseminación Artificial Ilícita, puesto que efectivamente, este tipo no se encuentra regulado en el ordenamiento legal antes invocado, pero si por el contrario se encuentra regulado y debidamente tipificado como tal en la Ley General de Salud en su artículo 466, no obstante que para el efecto de su prosecución se llevara a cabo en razón de los requisitos de

procedibilidad que establece el Código Federal de Procedimientos Penales, lo cuál se tratará más adecuadamente en capítulos posteriores.

Por último, el fundamento legal de la figura jurídica, Inseminación Artificial ilícita, lo encontramos plasmado en el artículo 466 de la citada Ley General de Salud.

E.> CLASIFICACIÓN DEL DELITO.

De conformidad con la clasificación que del delito hacen los numerales 7º, 8º, y 9º actualmente reformados del Código Penal, mismos que a continuación se describen:

Artículo 7º.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. El delito es:

- I.- Instantáneo,** cuando la consumación se agota en el mismo momento en el que se han realizado todos sus elementos constitutivos.
- II.- Permanente o continuo,** cuando la consumación se prolonga en tiempo; y
- III.- Continuado,** cuando por unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal.

Artículo 8º.- Los delitos pueden ser:

- I.- Dolosos.**
- II.- No intencionales o de imprudencia.**

Actualmente con el propósito de que la concepción jurídica del delito sea mas completa desaparece la preterintención y se cambian las denominaciones de intencional e imprudencial quedando como sigue:

I.- Doloso;

II.- Culposo.

Artículo 9º.- Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley. Con las multicitadas reformas insistimos y puntualizamos que la palabra dolosamente abarca un mayor radio de acción de la norma jurídica.

Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y las condiciones personales le imponen. El mismo comentario del párrafo anterior pues el término culposo es más amplio y va más allá de la Imprudencia.

A efecto de poder clasificar el delito de Inseminación Artificial lícito, de acuerdo a los elementos esenciales del delito y como el cuarto de ellos es el interno o de culpa, es menester tomar como base la culpabilidad y en relación a ésta se habla de dolo y de culpa.

Pudiendo definir al dolo de la siguiente manera: "Es cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias del hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que

se quiere o ratifica.”(4)

Así mismo es en el sentido de que el dolo consiste, en la intención de ejecutar un hecho que es delictuoso.

Probados los elementos materiales de un delito, la ley establece la presunción “*Iuris Tantum*” (carga de la prueba a cargo del procesado o inculpado) de que el agente obró con dolo.

Definiendo a la culpa como: “Culpa es cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, por falta de previsión del deber de conocer; no solo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo.”(5)

1.- Por el elemento Interno o de Culpa.

La Inseminación Artificial lícita, es un delito Intencional o doloso (artículo 8º fracción I del Código Penal), ya que resulta necesario para cometerlo que se conozcan las circunstancias del hecho típico y se quiera o acepte el resultado prohibido por la ley y obviamente no caben en esta clasificación las conductas culposas.

2.- Por su duración.

El delito se divide en: Instantáneo, Instantáneo con efecto permanente, continuado y permanente.

4.- JIMENEZ, De Asúa Luis. Ob. cit., p. 365.

5.- JIMENEZ, De Asúa Luis. Ob. cit. p. 372.

Para el Profesor Castellanos Tena, en el delito instantáneo la acción que se perfecciona es en un solo momento; para otros autores el delito instantáneo es aquel en el cual la consumación y el agotamiento del delito se verifican instantáneamente.

De lo anterior se desprende que es necesario para integrar el delito instantáneo, los siguientes requisitos:

A) Una conducta; y

B) Una consumación y agotamiento instantáneo del resultado.

Instantáneo con efectos permanentes. Son aquellos en los cuales permanecen las consecuencias nocivas.

Continuado. En este delito se dan varias acciones y una sola lesión jurídica.

La fracción III del artículo 7º del Código Penal, define al delito continuado como: "Cuando con una unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal."

Permanente. "Permanente es el delito de consumación indefinida, el delito que dura, cuyo tipo legal continua realizándose hasta que interviene alguna causa que lo hace cesar". (6)

Por su parte Mezger sostiene que los delitos permanentes "Son aquellos en los que mediante la manifestación de la voluntad punible del sujeto activo se crea un ulterior estado antijurídico duradero". (7)

6.- G. MAGGIORE, Derecho Penal I, edit. Termis, Bogotá 1954, p. 373.

7.- Tratado de Derecho Penal I, Madrid 1955, traducido por José Arturo Rodríguez

De todo lo anterior se concluye, que el delito de Inseminación Artificial lícita, es por su duración instantáneo, pues su consumación se agota en el mismo momento en el que se han realizado todos los elementos constitutivos, (artículo 7º fracción I del Código Penal), puede darse que en un solo momento se realicen artificios o manipulaciones a efecto de hacer llegar el semen o espermatozoides al óvulo de la mujer ofendida.

3.- Conforme a la Conducta del Agente.

Los delitos pueden ser de acción y de omisión.

Se está ante la presencia de un delito de acción, cuando la conducta se manifiesta a través de los cuales se viola una ley prohibitiva.

Los delitos de omisión son aquellos en los cuales la conducta consiste en una inactividad, en no hacer de carácter voluntario, el objeto prohibido es una abstención del agente consistente en la no ejecución de algo ordenado por la ley.

Los delitos de omisión para su estudio se dividen en:

- 1.- Delitos de simple omisión; y**
- 2.- Delitos de comisión por omisión o impropios.**

Los primeros consisten en una falta de actividad jurídica ordenada, es decir, será sancionado el infractor por la omisión misma.

Los que se mencionan en segundo lugar, serán cuando el sujeto decide no actuar y a falta de esa actividad se produce el resultado

material, ejemplo la madre que deja de amamantar a su hijo y este muere.

En el delito que se estudia, únicamente puede ser clasificado en el de acción, pues es necesario cometer un comportamiento positivo, por medio del cual se viole el precepto establecido en el artículo 466 de la Ley General de Salud.

Es inoperante en el delito a estudio, la clasificación del delito por omisión, en virtud de que al no realizar conducta alguna, es decir, la no ejecución de algo ordenado por la ley.

4.- Por el resultado.

Se clasifican en formales y materiales.

Los formales son los que se agotan con el simple hacer o el omitir del sujeto, y que no es necesario para su integración la producción de un resultado externo, llamados también delitos de mera conducta.

Por el contrario, cuando por una relación al modelo legal, se hace necesario una determinada mutación material del mundo externo al agente, se esta frente a los delitos o resultados materiales.

Maggiore, afirma que el delito material; “Es el que se consuma sino al verificarse el resultado material, y el delito formal es el que se perfecciona o con una simple acción u omisión, haciendo abstracción de la verificación del resultado”. (8)

La figura de la Inseminación Artificial lícita, es formal pues al

⁸.- G.MAGGIORE, Ob. cit. p. 294.

observarse la conducta señalada por el artículo 466 de la Ley General de Salud, estará agotando el tipo penal y no será necesario que el embarazo se produzca, es un delito de mera conducta que la ley sanciona, es decir se sancionan los artificios realizados tendientes a hacer llegar el semen o esperma al óvulo de la persona ofendida (mujer), sin que sea menester producir embarazo.

5.- En relación al daño que causen.

Se dividen en delitos de lesión y de peligro.

“Cuello Calón, estima que como delito de peligro, son aquellos cuyo hecho constitutivo no causa un daño efectivo y directo en intereses jurídicamente protegidos, pero crean para estos una situación de peligro, debiendo entenderse por peligro las posibilidades de la producción, mas o menos próximas de un resultado perjudicial”.⁹

Los delitos de lesión, son los que consumados causan un daño directo y efectivo en intereses, o bien jurídicamente protegidos por la norma violada.

El delito de Inseminación Artificial lícita, se clasifica dentro del de lesión, ya que resulta necesario que consumado cause un daño directo y efectivo en los intereses protegidos, en la norma, la cual es la Inseminación Artificial lícita, independientemente de que se tenga el peligro de causar un embarazo o no.

⁹.- PAVON, Vasconcelos Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, tercera edición, edit. Porrúa, 1974, p. 216.

6.- Delitos Simples y Complejos.

Se llaman simples, aquellos en los cuales la lesión jurídica es única; y los delitos complejos; son aquellos en los que la figura jurídica se da por la unificación de dos infracciones y que originan una nueva figura delictiva y que desde luego superan en gravedad a los que intervinieron autónomamente.

No debiendo confundirse esta última clasificación con el concurso de delitos.

Igualmente la Inseminación Artificial ilícita, es un delito simple, pues solo existe una sola lesión jurídica, la cual no contrae dos infracciones, sino únicamente la de practicar maniobras de inseminación artificial, tal como se desprende del precepto 466 de la Ley General de Salud.

7.- Delitos Unisubsistentes y Plurisubsistentes.

Es un delito unisubsistente cuando la acción se agota en un solo acto, si la acción permite su fraccionamiento en varios actos, nos encontraremos ante un delito plurisubsistente.

“Porte Petit, al referirse a estos delitos expresa: “Es delito unisubsistente aquel que se consuma en un solo acto, y plurisubsistente cuando se consuma en varios actos”. (10)

La Inseminación Artificial ilícita puede ser, también unisubsistente o plurisubsistente, pues solo podrá cometerse aquel por medio de un

¹⁰.- PAVON, Vasconcelos Francisco. Ob, cit. p. 207.

solo acto (unisubsistente), o por varias acciones (plurisubsistente) para llegar a un solo fin.

8.- Delitos Unisubjetivos y Plurisubjetivos.

De la presente clasificación, es menester atender a la unidad o pluralidad del sujeto que interviene en la realización de una conducta considerada como delito, y de lo que de una u otra acepción es lógico pensar, que en el primer caso, tan solo interviene un sujeto y en el segundo caso, existe pluralidad de sujetos.

Podrá igualmente el delito de Inseminación Artificial Ilicita, ser unisubjetivo o plurisubjetivo, pues en el primer supuesto podrá darse la acción de una sola persona y en el segundo supuesto, la actuación de varios sujetos o personas a efecto de inseminar artificialmente a una mujer.

9.- Por la Forma de su Persecución.

Por la forma de su persecución los delitos pueden ser perseguibles; por querrela necesaria, por denuncia o bien por acusación.

La querrela puede definirse: "Como una manifestación de voluntad de ejercicio potestativo, formulado por el sujeto pasivo o el ofendido, con el fin de que el Ministerio Público tome conocimientos de un hecho o hechos no perseguibles de oficio, para que se inicie o integre la averiguación previa correspondiente y en su caso ejercite la acción penal". (11)

¹¹.- OSORIO y Nieto, Cesar Augusto. La Averiguación Previa, edit. Porrúa, segunda edición, 1983 p. 22.

Denuncia la definiremos: “Es la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público, de la posible comisión de un delito perseguible de oficio”. (12)

Las figura jurídica de la Inseminación Artificial lícita, de acuerdo a lo anteriormente descrito; es perseguible de oficio, pues el artículo 466 de la Ley General de Salud no especifica otra forma de perseguirlo por lo tanto bastará que la autoridad tenga conocimiento del hecho para tener la obligación de actuar y llegar a la imposición de la pena en contra de la persona o personas que se han colocado en el supuesto jurídico que establece la norma.

Recordemos que la misma ley es la que precisa en que caso concreto ha de perseguirse un ilícito por querrela de parte ofendida, y como puede observarse en el artículo 466 de la Ley General de Salud a que se hace referencia, no establece dicho requisito de procedibilidad, por lo que se concluye que será perseguible de oficio.

Por último, en relación a la clasificación del delito en cuestión, se debe observar que tal delito se encuentra en una Ley Especial; por lo que en términos de lo establecido por los artículos 1º y 466 de la Ley General de Salud, dicho ilícito pertenece a la esfera del fuero federal.

Así mismo el artículo 41 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación establece cuales son los delitos del orden federal, a efecto se transcribe el numeral tan solo en lo que se refiere al caso concreto:

Artículo 41.- “Los Jueces de Distrito en Materia Penal en el Distrito

¹².- OSORIO y Nieto, Cesar Augusto. Ob. cit. p. 21.

Federal conocerán:

I.- De los delitos del orden federal.

Son delitos del orden federal:

A) Los previstos en las Leyes Federales y en los Tratados;

B) Los señalados en los artículos 2º al 5º del Código Penal...”

En tal virtud el ilícito de Inseminación Artificial Ilícita, prevista en la Ley Especial que se analiza es de carácter meramente federal, y cuyo conocimiento en la fase procesal (averiguación previa) corresponde al Ministerio Público Federal, y en la instrucción la autoridad encargada lo es el Juez de Distrito y de conformidad a las reglas contenidas en el Código Federal de Procedimientos Penales.

F.> MATERNIDAD SUBROGATIVA.

La maternidad por sustitución es la practica de dar a luz en favor de otra mujer, comúnmente por una cierta cantidad de dinero, habiendo sido la concepción a través de la Inseminación Artificial o por la implantación de un huevo fertilizado. Esta práctica representa, aún con su popularidad una alternativa altamente controversial para las parejas que desean procrear, pero que por alguna enfermedad o por infertilidad la esposa esta impedida para ello.

El proceso comienza mediante un acuerdo formal entre la pareja y el prospecto sustituto; normalmente supervisada tal situación por un abogado, situación en la cual la madre sustituta conviene en ser fecundada con el espermatozoides del esposo o la implantación del huevo

fertilizado, y en caso de lograr preñez, ceder al bebe posteriormente a su nacimiento. La pareja cubrirá todos los gastos médicos, legales, y de seguro, al igual que los honorarios de la madre sustituta o subrogativa. Estos comúnmente son de US.\$10,000.00; el costo total para el matrimonio es aproximadamente de US. \$25,000.00 a \$30,000.00.

Desde 1976, en los Estados Unidos de Norte América, de convenios como el que se menciona han nacido 600 niños, en otros países es poco común; pero en algunos otros la maternidad por poder la mayoría de las veces consiste en arreglos privados sin ningún tipo de regulación legal o asesoría de la misma índole, en Inglaterra los nacimientos subrogados bajo un contrato comercial están prohibidos.

La maternidad sustituta esta rodeada de controversias éticas y legales, ya que varios grupos la condenan, ahora bien, los que la apoyan conocen la necesidad de una legislación específica y de una regulación específica, que reconozcan las enormes complicaciones que pueden resultar; por ejemplo en Africa del Sur la madre sustituta dio a luz a los triates de su hija y de su yerno, el primer caso piloto muy conocido en los Estados Unidos de Norte América sobre la legitimidad de un contrato de subrogación fue el de "BABY M", en el cual la madre sustituta rehusó entregar al recién nacido, la Suprema Corte de Nueva Jersey apoyo el contrato pero en 1988 lo revoco, y prohibió los contratos comerciales de subrogación y otorgo a la madre sustituta amplios derechos de visitación. Se están estudiando mas reglas y leyes estatales, y en algunos estados como los de Florida, Kentucky, Louisiana, Michigan y Nebraska manifiestan leyes

específicas en contra de estos tipos de contratos comerciales.

G.> REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

Tales requisitos son las condiciones legales que deben cumplirse para iniciar una averiguación previa y en su caso ejercitar la acción penal contra el probable responsable de la conducta típica.

El artículo 16 Constitucional en su segunda parte, establece: "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado".

Dicha garantía de seguridad jurídica, es la que conculca, ya sea a la orden de aprehensión o bien detención, librada en contra de un individuo, hablando en términos generales, esta debe emanar de la autoridad judicial; debe entenderse aquel órgano estatal que forme parte del Poder Judicial, ya sea local o federal según sea el caso, por lo que también se debe tomar en consideración la competencia sobre el particular.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido: "No menciona entre los requisitos para que se dicte la orden de aprehensión o bien de detención, que la autoridad que la ordene sea competente, sino que solo sea judicial, sin perjuicio naturalmente, que durante el curso de la averiguación previa se promueva lo que estime

pertinente respecto de la competencia". (13)

Y para el caso concreto como ya se dejó asentado en las líneas anteriores, tan solo resulta aplicable la denuncia, entendiendo ésta, como la comunicación que hace cualquier persona ante el Agente del Ministerio Público investigador, de la posible comisión de un delito perseguible de oficio.

Por lo que de conformidad con el artículo 16 de nuestra Carta Magna, y respecto al ilícito que nos ocupa, el requisito de procedibilidad, es decir, la condición necesaria que debe darse para la investigación de la conducta delictuosa, lo constituye la denuncia o bien la acusación

Bastará que la autoridad competente, lo sea el Ministerio Público Federal o en su caso sus auxiliares, pudiendo ser inclusive, los elementos de la Policía Judicial, quienes tienen la obligación de dar cuenta inmediatamente al Representante Social, cuando se tenga conocimiento del hecho, o de las maniobras tendientes a insembrar artificialmente a mujer determinada sin su consentimiento, con él, en los casos de que se trate de menores de edad o incapaces, a efecto de proceder de inmediato a investigar los hechos. El artículo 16 Constitucional también fue reformado y esta reforma es fundamental en el procedimiento penal por su importancia.

Nótese que no se requiere de la acusación de la mujer ofendida, sino únicamente el conocimiento del hecho por parte de la autoridad responsable a fin de que intervenga de oficio en sus investigaciones.

13.- PODER JUDICIAL de la Federación. Jurisprudencia, Cuarta Parte, Tercera Sala, tomo II, p. 573.

H.> LA FERTILIDAD EN EL SER HUMANO.

En los seres humanos la fertilidad es un término medio dado a la capacidad de una mujer para concebir o la capacidad de un hombre para inducir la concepción.

La fertilidad comienza durante la pubertad cuando la hembra comienza a menstruar y los varones desarrollan espermatozoides viables. Los hombres pueden ser fértiles hasta los setenta años de edad, pero el pináculo en la mujer es a mediados de los veinte años y tiene una aguda disminución después de los treinta y cinco años, finalizando a los cincuenta o cincuenta y cinco años con la menopausia.

Los humanos son fértiles durante todo el año, pero recientes estudios sugieren que la fertilidad animal llega a la cúspide cuando hay 12 horas de luz solar y temperaturas entre los 50 y 70 grados Fahrenheit.

Los problemas de salud y del medio ambiente pueden llegar a afectar a la fertilidad, las enfermedades transmitidas sexualmente o venéreas como la PAPILOMAVIRUS, que ocasiona verrugas genitales, o CLAMIDIA que puede crear una capa de piel muerta, llámese costra en los tejidos reproductivos del hombre y de la mujer evitando así la implantación del embrión en el útero, apartando el espermatozoides del huevo.

La fertilidad de la mujer también puede afectarse por perturbaciones hormonales y ovulatorias, cicatrizaciones quirúrgicas abdominales previas y el uso de dispositivos intrauterinos para evitar el embarazo, la tensión psicológica temporalmente puede evitar la correcta ovulación en la mujer.

La menstruación puede ceder si la proporción de grasa en el cuerpo baja a menos del 20 por ciento del peso corporal; condición que afecta a corredores, bailarinas de ballet y mujeres que presentan anorexia nerviosa.

En los hombres el conteo bajo o nulo de esperma puede ser resultado de condiciones físicas como una varicocela (varices de escroto), alcohol en exceso, drogas, exposición a ciertos productos químicos, algunos medicamentos, altas temperaturas alrededor de los testículos, ropa demasiado entallada. Algunos problemas de fertilidad pueden ser tratados con cirugías y drogas, así como con técnicas de inseminación artificial.

CAPÍTULO II

A.> DESCRIPCIÓN DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

B.> SEMEN

C.> ESPERMA

D.> APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN LOS ÁMBITOS DE VALIDEZ, EN LA FIGURA DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

1.- ÁMBITO DE VALIDEZ MATERIAL

E.> AUTORIDAD COMPETENTE EN LA TRAMITACIÓN DEL DELITO.

F.> ÁMBITO DE VALIDEZ ESPACIAL.

CAPÍTULO II

A.> DESCRIPCIÓN DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

La Inseminación Artificial es la inyección instrumental del semen en la vagina. Las primeras inseminaciones de oviparos se llevaron a cabo durante el siglo XVIII por el fisiólogo italiano Lazzaro Spallanzani, quien probó sin reconocer a el espermatozoide como agente fertilizante, que la contribución de la hembra para la reproducción residía en el semen.

Durante la Revolución Rusa en 1917, se lograron trabajos pilotos en la Inseminación Artificial de animales de granja y de reses, la ventaja principal de la Inseminación Artificial sobre la reproducción natural es que un solo macho de estupenda calidad genética puede preñar a miles de hembras mejorando así el ganado y produciendo a su vez mejores lácteos y carnes.

Así mismo no necesitan arriesgar sus rebaños a la excesiva procreación consanguínea ni incurrir a la manutención de semental propios.

En los humanos, la Inseminación Artificial se utiliza para lograr el embarazo cuando algún impedimento anatómico no permite la fertilización directa, cuando el varón ese estéril, el semen se obtiene de un donador anónimo, de quien el médico conoce su historial familiar y genético. Las mismas precauciones se guardan en caso contrario; cuando a través de la Inseminación Artificial se concibe una criatura en una pareja donde ella no lo puede lograr y en cuyo caso el

esperma del marido fertiliza a una madre sustituta, quien voluntariamente dará a luz al niño a cambio de una suma de dinero, y que, inmediatamente después del nacimiento, será entregado a sus padres.

Cuestionables permanecen los aspectos legales y las disputas morales y religiosas.

En los casos en que la mujer no puede concebir debido a oviductos deficientes, quirúrgicamente el huevo se cambia del ovario a una probeta para fertilizarse; en una concavidad bajo condiciones biológicas en un laboratorio que simula el entorno dentro del oviducto donde normalmente se lleva a cabo la fertilización. Es entonces cuando se traslada el embrión al útero para su desarrollo normal.

Los empleados de los zoológicos están intentando perfeccionar el proceso de la Inseminación Artificial y la tecnología de fertilización en probeta para ayudar a la conservación de especies raras y en peligro de extinción con el fin de remplazar la opción cara y no siempre la exitosa de traer y llevar animales para el apareo.

La importación de semen facilitaría el apareamiento en los zoológico, lejanos o experimentales, manteniendo un vasto banco de diferentes genes.

B.> SEMEN.

El semen es una mezcla de secreciones y esperma, producto del sistema reproductivo del hombre; arrojado durante la eyaculación, reflejo de la estimulación sexual. Durante la eyaculación las

contracciones de los conductos deferentes expulsan los espermatozoides a través de los ductos de la uretra. El semen no se expulsa inmediatamente, sino que se presiona detrás del orificio uretral hasta que este se relaja.

En los humanos, el volumen de semen emitido durante la eyaculación es de 3 ml. (2.5 - 7 ml.), cada mililitro contiene un promedio de 90 millones de espermatozoides (20 a 200 millones de espermatozoides). El semen disminuye tanto como aumenta la frecuencia de eyaculación en el plasma seminal, la parte líquida del semen contiene fructuosa (fuente principal de energía), agua, proteínas, sales, enzimas, fosfatos, ácidos y otros productos químicos necesarios para nutrir las células del esperma para mantener su movilidad y ayudar a la fertilización el semen se puede congelar por largos periodos de tiempo para utilizarse posteriormente en la Inseminación Artificial.

C.> ESPERMA.

A diversos tipos de gametos se les da el término de espermatozoides (células sexuales o reproductivas) que se encuentran en todos los animales y plantas de la tierra. Cada esperma contiene la información genética paterna que contribuye a través de la fertilización a crear un individuo.

Su función secundaria es iniciar el desarrollo del huevo, normalmente para su locomoción el espermatozoide cuenta con un núcleo aunque con poco citoplasma y cola, a excepción de la cola, la célula puede nadar en un medio acuoso para alcanzar un huevo. los espermatozoides son producidos por las células en los testículos y salen como un líquido

viscoso llamado semen, el espermatozoide de los mamíferos puede ser congelado por largos periodos de tiempo para que con el fin de cumplir con el objetivo de la inseminación artificial se han creado ya Bancos de Esperma Humano.

D.> APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN LOS ÁMBITOS DE VALIDEZ, EN LA FIGURA DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

1.- ÁMBITO DE VALIDEZ MATERIAL.

En la República Mexicana, en función del sistema federal, existen delitos que afectan esta materia, otros se contraen en la misma, reservadas a los Estados Miembros. Conforme al artículo 124 Constitucional, todas aquellas funciones o actividades no conferidas en forma expresa a los poderes federales, se entienden reservadas a los Estados Miembros, de tal manera que dicho precepto hace el reparto de la competencia, es decir, competencia del fuero común y competencia del fuero federal.

La fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, faculta al Congreso de la Unión para definir los delitos y faltas contra la federación y señala, desde luego las sanciones que han de imponerse.

Por otro lado cada una de las Entidades Federativas, por conducto de sus poderes legislativos locales, dictan para sus territorios las leyes pertinentes sin contravenir nunca los preceptos de la Constitución General de la República.

Como se ha enunciado en el capítulo que antecede, la figura de

Inseminación Artificial Ilícita, es un delito, el cual se encuentra regulado en una Ley Especial y tomando en consideración tales circunstancias se hace necesario legislar sobre la materia para que quede especificado precisamente en el Código Penal.

Cuando en la sociedad, sus intereses se ven afectados, surge la necesidad de que la Federación actúe mediante disposiciones penales para prevenir, reprimir y sancionar la realización de conductas que atenten contra los intereses comunes a los que se ha hecho alusión.

¿La Inseminación Artificial Ilícita, es un delito federal o del fuero común?

Como ya quedo asentado, también en el capítulo que antecede, el Profesor Fernando Castellanos precisa: "Que son delitos comunes aquellos que se formulan en leyes dictadas por las legislaturas locales y federales los que se establecen en leyes expedidas por el Congreso de la Unión". (14)

Por tanto son delitos federales, los previstos en los artículos del 2º al 5º del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, así mismo el artículo 41 fracción I de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, señala que son delitos de ese orden, los previstos en las leyes federales.

Por otra parte el artículo 21 Constitucional, entre otras cosas señala que la imposición de penas, es propia y exclusiva de la autoridad

¹⁴.- CASTELLANOS, Tena Fernando. Ob. cit., p. 145.

Judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial...

El antecedente inmediato de este artículo, es el precepto del mismo número de la Constitución Federal del 5 de febrero de 1857 y el cual especificaba, "Que la aplicación de las penas propiamente tales es exclusiva de la autoridad Judicial".

El citado artículo 21 Constitucional en vigor, tal como fue reformado por decreto publicado el 3 de febrero de 1983, comprende tres disposiciones diversas:

- A) La declaración de que la imposición de penas es exclusiva de la autoridad Judicial;**
- B) La persecución de los delitos corresponde al Ministerio Público y a la Policía Judicial; y**
- C) Las facultades de la autoridad administrativa, para imponer sanciones a los infractores de los reglamentos gubernativos y de policía.**

Respecto del primer punto, este mandamiento tiene su origen en el principio de la división de poderes, en estricto sentido el de las funciones, ya que se encuentra estrechamente vinculado con los artículos 13, 14, y 16 Constitucionales, en cuanto a las atribuciones exclusivas de los Tribunales Penales, Militares en sus respectivas esferas de competencia, para imponer las penas en sentido estricto, a los que se considere culpables de una conducta delictuosa, esta imposición de pena solo puede efectuarse a través de una sentencia

condenatoria, debidamente fundada y motivada en un proceso, en el cual se respeten el derecho de defensa y las formalidades esenciales del procedimiento.

En cuanto al segundo punto, este es el aspecto de mayor trascendencia del mencionado artículo 21 Constitucional, ya que fue específicamente en la exposición de motivos del proyecto presentado por Don Venustiano Carranza, en donde se insistió en la necesidad de otorgarle autonomía a la figura del Ministerio Público, el que de acuerdo con la legislación expedida bajo la Constitución de 1857, carecía de facultades efectivas en el proceso penal, puesto que la función de policía judicial no existía como organismo independiente y era ejercida por los jueces, quienes se convertían en verdaderos acusadores en perjuicio de los procesados.

Los debates del Congreso Constituyente se centraron, en las funciones persecutorias del Ministerio Público, y en la creación de la policía judicial como organismo de investigación bajo el mando inmediato del primero; por lo que el objeto del precepto constitucional consistía en otorgar una verdadera participación al Ministerio Público en la investigación de los delitos y en el ejercicio de la acción penal.

La citada disposición del artículo 21 Constitucional ha dado lugar a un debate que todavía no termina, sobre si el Ministerio Público posee o no la exclusividad, no solo en la investigación de las conductas delictuosas en el periodo denominado de averiguación previa, sino también en el ejercicio de la acción penal que se a calificado como verdadero monopolio.

Se ha impuesto en la legislación y en la jurisprudencia la interpretación que considera al propio Ministerio Público como el único autorizado para ejercitar la acción penal, y la función acusatoria dentro del proceso penal, de tal manera que los Códigos Procesales Penales tanto el Federal como el de todos y cada uno de los Estados de la Federación, no reconocen la calidad de parte; ni siquiera con carácter subsidiario a la víctima del delito.

De tal manera, como ya se menciona en líneas anteriores, el artículo 41 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, hace referencia específica sobre los delitos del orden federal.

De todo lo anteriormente apuntado y este mismo orden de ideas se llega a la conclusión que la figura jurídica de Inseminación Artificial Ilícita, es meramente del fuero federal, puesto que si bien es cierto que esto no se contempla dentro de los preceptos del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, también lo es que se encuentra regulado en una "Ley Especial" denominada Ley General de Salud, en su artículo 466, y tal como se indicó anteriormente, existe disposición al respecto y específicamente como lo enuncia el artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el artículo 41 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, puesto que se trata de un delito de carácter federal. Que en la fase de averiguación previa debe resolver el representante social del fuero federal con excepción hecha de sus auxiliares en relación a la práctica de sus primeras diligencias.

E.> AUTORIDAD COMPETENTE EN LA TRAMITACIÓN DEL DELITO.

Diversas normas establecen expresamente que el Ministerio Público del fuero común en el Distrito Federal es auxiliar del Ministerio Público Federal, en este sentido lo marca la fracción XII del artículo 1º de la Ley Organica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal que a la letra dice:

Artículo 1º.- Corresponde al Ministerio Público... XII.- Auxiliar al Ministerio Público Federal en los términos de la Ley General de la República...

Por otro lado el artículo 5º de la Procuraduría General de la República, ordena:

Artículo 5º.- Las funciones del Ministerio Público del fuero común en el Distrito Federal, adscritos a las agencias investigadoras de las delegaciones del Distrito Federal deben auxiliar al Ministerio Público Federal, en materia de averiguación previa, recibiendo denuncias, acusaciones o querellas por delitos federales.

En relación a dicho precepto, los funcionarios procurarán la comprobación del cuerpo del delito y las responsabilidades del inculpado o inculpados, dictarán las providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas para impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictivo y los instrumentos o cosas objeto del delito.

En caso de flagrante delito que merezca pena corporal, los mismos funcionarios decretarán la detención de los individuos y practicarán

las diligencias más urgentes, enviaran al detenido y expediente a la Dirección General de Averiguaciones Previas de la Procuraduría General de la República, y en ningún caso podrá ordenar la devolución de los instrumentos u objetos del delito, los cuales deberán remitirse a la misma dirección antes señalada.

De todo lo anterior se deriva, e íntimamente ligado con el artículo 23 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y 34 del reglamento de ésta última, mismo que señala, "Que en caso de ausencia o falta del Ministerio Público Federal, los agentes del Ministerio Público del Fuero Común y la Policía Judicial; así como los Cónsules y Vice Cónsules mexicanos en el extranjero, deben ejercer las funciones señaladas en el artículo 32 del reglamento de referencia, es decir, auxiliar al Ministerio Público Federal en sus funciones más urgentes cuando en el lugar de que se trate o se cometa el delito, no exista Agencia del Ministerio Público Federal, tal auxilio se debe entender en el sentido de que el Ministerio Público al tomar conocimiento de los hechos de competencia federal deberá como ya se dijo practicar las diligencias más urgentes y necesarias, como son: la recepción de denuncias, acusaciones o querrelas, preservación de lugares, prácticas de inspección ministerial, fe de personas, lugares, cosas, cadáveres o efectos de los hechos etc.

Por otro, lado el artículo 117 del Código Federal de Procedimientos Penales establece:

Artículo 117.- Toda persona que en ejercicio de funciones públicas tenga conocimiento de la probable existencia de un delito que deba

perseguirse de oficio, esta obligado a participarlo inmediatamente al Ministerio Público, transmitiéndole todos los datos que tuviere, poniendo a su disposición desde luego, a los inculcados si hubieren sido detenidos.

Ahora bien; se concluye que en base a todo lo expuesto y dispuesto por los artículos 1º fracción XII de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 50 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en relación con el artículo 34 del reglamento interno de ésta última y 117 del Código Federal de Procedimientos Penales en vigor, en el sentido de que el Ministerio Público del Fuero Común en el Distrito Federal, así como las agencias adscritas a todos y cada uno de los Estados de la República, son auxiliares del Ministerio Público Federal, y deben cumplir con estas funciones en la forma y términos establecidos en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Como se ha expresado en líneas anteriores, la figura jurídica de Inseminación Artificial lícita, prescrita en el artículo 466 de la Ley General de Salud, debe ser investigada en la averiguación previa, por el Ministerio Público Federal toda vez que de conformidad a nuestro máximo ordenamiento legal y específicamente en el artículo 21, el es el encargado de la persecución de los delitos, además corroborado lo anterior y de acuerdo con el numeral 41 fracción I inciso A de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, artículo 1º, y 466 de la Ley General de Salud, se trata de un delito de carácter federal, que únicamente debe conocer el representante social federal excepción hecha de sus auxiliares, en relación a la práctica de las primeras

diligencias.

Respecto a la imposición de sanciones en el ilícito de Inseminación Artificial Ilícita, por parte del Poder Judicial de la Federación, como a quedado asentado la disposición de sanciones, es atribución única y exclusivamente de la autoridad judicial, siempre y cuando se reúnan los requisitos exigidos por el artículo 19 Constitucional, así como los de procedibilidad; puesto que si el Ministerio Público Federal encontrase reunidos los requisitos que exige el artículo 16 de nuestra Carta Magna, es decir, comprobado el tipo penal y la probable responsabilidad penal, ejercitará la acción penal en contra de la persona que se ha colocado en el supuesto jurídico establecido en la norma y en el presente caso, concretamente en el numeral 466 de la Ley General de Salud, consignando desde luego la averiguación previa al juzgado respectivo y en términos de la ley al momento de resolver sobre la situación jurídica del inculpado, si se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 19 de nuestra Carta Magna, se le decretará auto de formal prisión, iniciándose en ese momento la fase del proceso y precisamente en esta fase la autoridad encargada de la investigación a efecto de determinar si es procedente o no la imposición de sanción alguna, lo será el Juez de Distrito, que es el órgano jurisdiccional competente.

F.> ÁMBITO DE VALIDEZ ESPACIAL.

Análisis de los artículos 1º y 6º del Código Penal para el Distrito Federal y 1º de la Ley General de Salud.

Este punto se refiere a los límites de carácter especial de aplicación

del artículo 466 de la Ley General de Salud. Para el efecto de poder entrar al estudio de fondo resulta de vital importancia analizar los límites espaciales de aplicación de la Leyes Penales, no obstante, que como ya es sabido cada territorio o estado tiene sus propias leyes jurídicas y como en todo, surgen problemas con respecto a las normas que han de aplicarse a situaciones o conductas delictivas que acaecieron en el territorio de un país extranjero.

Y para resolver este gran problema, el Profesor Castellanos Tena, habla de cuatro grandes principios que son:

- 1.- Territorial.- "Según el cual una ley debe aplicarse únicamente dentro del territorio del Estado que la expidió, sin importar la nacionalidad de los sujetos a quienes halla de imponerse"⁽¹⁵⁾
- 2.- Personal.- "Es aplicable a la ley de la nación a la que pertenezca el delincuente con independencia del lugar de realización del delito."⁽¹⁶⁾
- 3.- Real.- "Tiende a los intereses jurídicamente protegidos y por ello es aplicable a la ley adecuada para la protección."⁽¹⁷⁾
- 4.- Universal.- "Todas las naciones tendrán derecho a sancionar a los autores de determinados delitos cometidos en el territorio propio o ajeno en tanto tuviera a su alcance al delincuente."⁽¹⁸⁾

¹⁵.- CASTELLANOS, Tena Fernando. Ob. cit., p. 96.

¹⁶.- Idem. p. 96.

¹⁷.- Idem. p. 96.

¹⁸.- Idem. p. 97.

La Ley Mexicana, se acoge a diversos principios; pero en términos generales sigue el de territorialidad, para lo cual se debe entender por territorio "Todo el espacio sobre el cual, éste ejerce normalmente su poder."¹⁹)

Y conforme a lo que establece el artículo 42 de nuestra Carta Magna el territorio de la República, comprende las partes integrantes de la federación, el de la islas adyacentes en ambos mares, incluyendo los arrecifes y cayos además el de la islas Guadalupe y Revillagigedo, situadas en el Océano Pacífico; la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes, las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional y las marítimas interiores; y el espacio situado sobre el territorio nacional con la extensión y modalidades que especifica el propio Derecho Internacional.

Por virtud de que la figura jurídica de Inseminación Artificial Ilícita es un delito de carácter federal, el precepto que nos ocupa debe aplicarse en todos y cada uno de los puntos territoriales que comprende a la República Mexicana es decir; en las partes integrantes de la Federación y para tal efecto cabe hacer mención y analizar los artículos 1º y 6º del Código Penal para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia federal.

Artículo 1º del Código Penal.- Este Código se aplicará en el Distrito por los delitos de la competencia de los tribunales comunes; y en toda la República por los delitos de la competencia de los Tribunales

¹⁹.- Ob. cit., p. 95.

Federales.

Artículo 1º de la Ley General de Salud.- La presente Ley reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Es de aplicación en toda la república y sus disposiciones son de orden público e interés social.

Al respecto cabe hacer mención que el artículo 124 de nuestra Constitución, preceptúa que las facultades que no estén expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados, de lo que resulta procedente que la soberanía federal solo puede ejercer aquellas facultades que expresamente le hayan sido conferidas, las que no corresponden a los estados en función a su propia soberanía.

De aquí la distinción que existe entre delitos del orden común y delitos del orden federal, correspondiendo la competencia para los últimos a los tribunales federales.

Así mismo y en virtud de que como ya quedo asentado precisamente el artículo 1º del Código Penal para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia federal, fija expresamente el ámbito de validez espacial de la Ley Penal, y como se puede observar tan solo se basa en el principio de territorialidad, puesto que si analizamos a contrario "sensu" se puede concluir que no tiene

eficacia fuera de nuestro país con la excepción de la extraterritorialidad tal y como lo establece nuestra Ley Penal.

Artículo 6° del Código Penal.- Si en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México se aplicarán éstos. Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero cuenta las disposiciones del libro del presente Código, y en su caso las conducentes del libro segundo. Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general.

De lo anterior podemos considerar que tal como lo sostiene el Profesor Carrancá Trujillo que “Igualmente tienen que ser considerados como leyes especiales los tratados internacionales.”⁽²⁰⁾

Sin embargo con la reforma de 1984, persiste la idea que contenía el Código de 1983, pues decía en su texto derogado que se debían observar las disposiciones conducentes del Código, ahora el legislador específicamente habla y se refiere a los libros primero y segundo del propio Código, por lo tanto resulta obvia la parte final del artículo que nos ocupa, ya que resultaría absurdo que la regla general prevaleciera sobre la especial, no obstante que debe entenderse que se trata de la materia penal en “strioto sensu” ; puesto que una regla general de carácter constitucional debe prevalecer sobre una regla especial de carácter penal cuando está atañe.

En tales circunstancias el artículo 466 de la Ley General de Salud, no

²⁰.- CARRANCÁ, Trujillo Raúl. CARRANCÁ, y Rivas Raúl. Código Penal Anotado, edit. Porrúa, 1985, p. 28.

podrá aplicarse fuera de los límites territoriales de nuestro país, excepto en los casos de extraterritorialidad.

En la aplicación de la ley en los casos de la figura jurídica de Inseminación Artificial Ilícita. Para el efecto resulta necesario transcribir los artículos 2º, 4º y 5º del Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.

Artículo 2º del Código Penal.- Se aplicará a sí mismo: (Excepciones al principio de territorialidad).

I.- Por los delitos que se inicien, preparen, o cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio de la república, y

II.- Por los delitos cometidos en los consulados mexicanos, o en contra de su personal cuando no hubiere sido juzgado en el país en que se cometieron.

Según el precepto antes mencionado, aunque el delito se inicie, prepare, o cometa en el extranjero rige el Código Penal, cuando produzca o se pretenda que tenga efecto en el territorio de la República, tanto la iniciación como la preparación requieren actos ejecutivos. Si el delito consumado produce efectos es por que se agota en el territorio nacional, si se pretende que los produzca es por que se ejecuta actos tendientes a su consumación. En ambos casos nace la competencia jurisdiccional mexicana de acuerdo con el artículo 41, fracción I, inciso "A" y "B" de la Ley Organica del Poder Judicial de la Federación que dice:

“... los jueces del Distrito Federal conocerán:

I.- De los delitos del orden federal.

Son delitos del orden federal:

A) Los previstos en las leyes federales y en los tratados.

B) Los señalados en los artículos 2º y 5º del Código Penal...”

Y así mismo de acuerdo con el artículo 14 Constitucional:

“...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 leyes federales, o con motivo de los tratados celebrados con las potencias extranjeras...”

Por lo que respecta al comentario que se hace a la fracción II del artículo 2º del Código Penal, como es sabido, el precepto de que los edificios en que están instalados los consulados mexicanos no gozan del principio de “extraterritorialidad”, por el cual serían considerados como territorio mexicano para todos los efectos legales.

En cuanto al personal consular no lo ampara el principio territorial. Ahora bien, aplicado este artículo al ilícito que está en estudio se precisan las siguientes hipótesis:

1.- Cuando la figura de Inseminación Artificial Ilícita, se inicie, prepare, o cometa en el extranjero, pero que haya de producir efectos en el territorio mexicano.

2.- Cuando las maniobras de Inseminación Artificial lícita, se cometan en consulados mexicanos y en contra de su personal y no hubiere sido juzgado en el país en el cual se cometió.

De igual manera el numeral cuarto del Código Penal establece la hipótesis de ámbito de validez espacial extraterritorial, en la figura que nos ocupa y para el efecto es necesario transcribir dicho numeral.

Artículo 4º del Código Penal.- “Los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicano o contra extranjeros, o por un extranjero contra mexicanos, serán penados en la República, con arreglo a las leyes federales si concurren los siguientes requisitos:

I.- Que el acusado se encuentre en la República.

II.- Que el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquiró; y

III.- Que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República.

Del artículo anterior se desprende que; como México es una nación organizada bajo el sistema federal (Artículo 40 Constitucional), los delitos cometidos en el territorio extranjero por mexicanos en las condiciones a que se ha hecho referencia en las fracciones que se han dejado asentadas, no sería razonable que fueran sancionadas conforme a la ley del estado federado del que es originario el delincuente, ya que el principio de personalidad de la ley, da primacía a la ley federal sobre la local, así como también la soberanía federal

priva sobre la local, en cuanto se refiere a los extranjeros.

Cuando los delincuentes son extranjeros, ni siquiera existe el posible conflicto entre la ley federal y la ley local mexicana, por tanto en estos casos no puede ser aplicado otro Código Penal tan solo el del Distrito Federal y Territorios Federales.

En relación a la fracción I y respecto del "Principio Territorial", por el cual es aplicado la ley penal mexicana en el territorio nacional.

De la fracción II, se puede deducir, que en base a la supremacía constitucional que "Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene", pues si el acusado no fue definitivamente juzgado en el país en que delinquiró, debe entenderse que no se haya dictado sentencia que cause ejecutoria y no es estrictamente que no se encuentre sometido a la jurisdicción del país en que delinquiró, como ocurría con el procesado, que se localizaba en el territorio nacional prófugo o gozando de libertad provisional concedida por el tribunal extranjero.

La esencia de la Ley solo se refiere al "*NON BIS IN IDEM*"; por cuanto no es deseable la instancia en el territorio nacional de personas acusadas de cualquier delito, sino es para ser juzgada por los tribunales de justicia mexicanos o extranjeros.

Por lo que se refiere a la fracción III, como es sabido, no existe delito sin previa tipificación legal de una conducta, lo cual es obvio que nace del principio de seguridad jurídica constitucional, que en los juicios del orden criminal, queda prohibido imponer por simple analogía, y

aún por mayoría de razón pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate.

Y aplicado al caso concreto, cuando las maniobras de la Inseminación Artificial ilícita, se hayan cometido en el territorio extranjero, por un mexicano contra una mexicana, o contra extranjera, o por el extranjero contra una mexicana, siendo penado por la República, de conformidad al numeral 466 de la Ley General de Salud y las normas procedimentales federales, siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

A.- Que el acusado se encuentre en la República.

B.- Que el sujeto activo del delito no haya sido juzgado en definitiva en el país en que delinquiró; y

C.- Que también se contemple la Inseminación Artificial ilícita (como delito) en el país donde se ejecutó, y por supuesto en México (Artículo 466 de la Ley General de Salud).

Artículo 5º del Código Penal.- Se consideran como ejecutados en territorio de la República Mexicana:

I.- Los delitos cometidos por mexicanos o por extranjeros en alta mar a bordo de buques nacionales. Se trate de sujetos activos mexicanos o extranjeros.

II.- Los ejecutados a bordo de un buque de guerra nacional, surto en puerto o en aguas territoriales de otra nación. Esto se extiende al caso en que el buque sea mercante si el delincuente no a sido

Juzgado en la nación en que pertenezca el puerto.

III.- Los cometidos a bordo de un buque extranjero, surto en puerto nacional o en aguas territoriales de la República, si se turbare la tranquilidad pública o si el delincuente o el ofendido no fueren de la tripulación. En caso contrario se obrará conforme al derecho de reciprocidad.

IV.- Los cometidos abordo de aeronaves nacionales o extranjeras, en casos análogos a los que señalan para buques las fracciones anteriores.

V.- Los cometidos en las embajadas o legaciones mexicanas.

CAPÍTULO III

A.> ELEMENTOS JURÍDICOS EN LA FIGURA DE INSEMINACIÓN.

ARTIFICIAL ILÍCITA.

B.> CONDUCTA Y SU AUSENCIA.

C.> OBJETO DEL DELITO.

D.> TIPICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

E.> ANTIJURIDICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

F.> IMPUTABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

G.> CULPABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

1.- Dolo

2.- Culpa

CAPÍTULO III.

A.> ELEMENTOS JURÍDICOS EN LA FIGURA DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL ILÍCITA.

Porte Petit, al respecto manifiesta: "Que relacionar al artículo 7º del Código Penal con el propio ordenamiento, es válida la construcción del concepto del delito, como una conducta típica, imputable, antijurídica, culpable, que requiere a veces alguna condición objetiva de punibilidad y punible. Tan pronto se realice una conducta, es típica en tanto haya una adecuación a alguno de los tipos que describe el Código Penal, y es presuntivamente antijurídica; en cuanto a que dicha conducta siendo típica no esta amparada o protegida por una causa de justificación de las que recoge el artículo 15º o que no concurra una causa de inimputabilidad.

Será la conducta culpable de acuerdo a lo preceptuado por los artículos 8º y 9º fracción II del Código Penal, en cuanto no surja una causa de inculpabilidad, y por último, será la conducta punible, si no existe alguna de las excusas absolutorias a que alude la propia ley".
(²¹)

B.> CONDUCTA Y SU AUSENCIA.

Para el efecto y estar en posibilidad de definir la conducta, es menester distinguir el primer elemento objetivo del delito, algunos autores utilizan el término conducta, otros acción, otros más actos.

²¹.- PORTE, Petit Celestino. Evolución Legislativa Penal en México, edit. Porrúa, México 1985, p. 521.

Al respecto Jiménez De Asúa, expresa:

“El primer carácter del delito es ser un acto. Empleamos la palabra acto, e indistintamente *“Acción Lato Sensu”* y no hecho. Por que hecho es todo acontecimiento de la vida, y lo mismo puede proceder de la mano del hombre, que del mundo de la naturaleza, en cambio; acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta”.⁽²²⁾

En tales circunstancias, algunos otros autores en iguales puntos de vista, es decir, utilizan como sinónimo de conducta el hecho, la acción, por lo que se considera que el núcleo o la esencia del ilícito está determinado por el verbo, acción, pasión, estado o esencia, movimiento, en conclusión resulta operante adoptar el criterio que sustenta el Profesor Castellanos Tena, que define a la conducta como: “El comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito”.⁽²³⁾

La acción en amplio sentido, consiste en la conducta exterior voluntaria encaminada a la producción de un resultado y comprende dos elementos:

A.- La conducta activa, el hacer positivo, la acción en *“Stricto Sensu”*.

B.- La conducta pasiva, o la omisión.

La acción consiste, “En un movimiento corporal voluntario, encaminado a la producción de un resultado consistente en la

²².- Ob. cit p. 155.

²³.- Ob. cit. p. 156.

modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca tal modificación". (24)

La omisión, es la conducta inactiva pero esta inactividad, debe ser precisamente voluntaria. Así pues la omisión es una manifestación de la voluntad que se exterioriza en una conducta pasiva, en un no hacer. Pero no toda inactividad voluntaria constituye una omisión penal, es preciso para que ésta exista, que la norma penal ordene la ejecución de un hecho determinado. Por lo tanto se define a la omisión "Como la inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado."(25)

Mientras en los delitos de acción se hace lo prohibido por la ley, en los de omisión, se deja de hacer lo mandado expresamente. En los delitos de acción, se infringe una ley prohibitiva y en los de omisión una ley dispositiva.

Se puede clasificar a los delitos de omisión de la siguiente manera:

A.- De omisión simple o de omisión propia.- Esta consiste en un no hacer doloso ó culposo, violando una norma dispositiva, produciendo un resultado jurídico ordenado por la norma penal.

B.- De comisión por omisión u omisión impropia.- Es cuando se produce un resultado típico y material, por un no hacer voluntario o culposo y violando una norma preceptiva y una norma prohibitiva.

Elementos de la acción:

²⁴ .- ANGELES, Contreras Jesus. Compendio de Derecho Penal (Parte General) Textos Universitarios S.A. p. 156.

²⁵ .- CUELLO, Calón Eugenio. Derecho Penal, Textos Universitarios, p. 51.

1.- La manifestación de la voluntad.

2.- El resultado.

3.- La relación de causalidad (Entre la acción y el resultado).

Elementos de la omisión:

1.- La manifestación de la voluntad.

2.- La inactividad del agente.

3.- La relación de causalidad entre la manifestación de voluntad y la abstención.

De todo lo anterior y de conformidad a lo establecido por el artículo 466 de la Ley General de Salud, es necesario que exista una conducta positiva, un hacer de persona humana encaminada al propósito de inseminar artificialmente a una mujer que se opone a ello, o bien que no se opone, que puede ser menor de edad o incapaz, acorde a lo estatuido en el precepto 450 del Código Civil.

Aquí no caben los llamados delitos de olvido, es decir, de omisión pues es necesario un quehacer práctico, o ayudar a maniobrar a fin de lograr la Inseminación Artificial Ilícita, e inclusive caben las conductas positivas intelectuales (autor intelectual), pero nunca las de omisión.

La sola conducta agota el elemento objetivo del delito, pues es un ilícito de mera actividad que tendrá irrelevancia en el resultado material, ya que el mismo precepto 466 de la Ley General de Salud establece en relación a la penalidad, que esta será diferente si surge el

embarazo o no de la persona ofendida, el ilícito se comete al efectuar la conducta positiva, la actividad será de acción y decisión, y no de inactividad.

Aquí no caben los elementos de resultado, pues el mismo artículo 466 de la Ley General de Salud así lo establece y tampoco el nexo de causalidad, pues éste es propio de los ilícitos de resultado, tal que esto no es el supuesto.

La conducta, es un hacer del comportamiento positivo humano y en la hipótesis que nos ocupa, se estará encuadrando en el supuesto jurídico que establece el numeral 466 de la Ley General de Salud, al practicar en la mujer ofendida las maniobras tendientes o con fines de inseminarla artificialmente, pudiendo ser cualquiera de las que aconseje el saber humano.

El sujeto de la conducta en el presente ilícito, le resultan procedentes todas las figuras enmarcadas en el artículo 13 del Código Penal, relativo a las personas que pueden ser responsables de un delito, pudiendo ser intelectuales, materiales, etc; aún se puede decir que cuando se cuente con la autorización de un menor de dieciocho años, no se cometiere el delito o bien, con la autorización de un incapaz que desee inseminarse; en estos supuestos; no se podría hablar que existió el consentimiento de dichas personas, por lo que a todas luces existe la responsabilidad de los sujetos activos (personas que realicen en el cuerpo de la mujer menor o incapaz maniobras de inseminación artificial).

En los casos de que se trate de mujer casada y que su cónyuge se

oponga a que se insemine artificialmente, y a pesar de tal negativa a ésta última con su autorización se le practiquen maniobras de inseminación artificial, independientemente del resultado del embarazo, quienes practiquen en las operaciones que el haber humano aconseje, serán responsables de la conducta, aunque si se nota de la redacción del precepto a estudio en su parte final, no se impondrá sanción alguna por no encontrarse regulada en la misma, y como la ley prohíbe la aplicación de penas por analogía (Artículo 14 Constitucional); no existirá castigo alguno para quienes hayan practicado la Inseminación Artificial ilícita. Como puede observarse la redacción de la parte final del artículo 466 de la Ley General de Salud, es inadecuada.

Por virtud de que en la mayoría de los casos de Inseminación Artificial ilícita podría hablarse de personas morales como sujetos activos de la conducta, tales como corporaciones medicas, laboratorios, bancos de semen etc, pudiera pensarse que no existiría sujeto de la conducta en virtud de que las personas morales no delinquen, en tales supuestos se pudiera pensar en la impunidad del delito, pero tal situación no es así, pues la misma ley preve que si alguno o varios miembros convienen en realizar la conducta prevista por el artículo 466 de la Ley General de Salud, o bien intervienen de alguna manera, serán aplicables las reglas estatuidas en el artículo 13 del Código Penal, relativo a la responsabilidad penal, pudiendo el órgano jurisdiccional dictar la suspensión o disolución de la persona moral o agrupación médica, cuando así fuere estimado de actuaciones procesales.

El Sujeto Pasivo.- Por la naturaleza del ser humano únicamente podrá ser sujeto pasivo de la Inseminación Artificial Ilícita, una mujer, nunca podrá serlo un hombre, pues a él no le esta encomendada la noble tarea de la gestación.

De acuerdo al último párrafo del artículo 466 de la Ley General de Salud, no se podrá hablar de sujeto pasivo cuando la mujer casada consienta en ser innominada artificialmente, a pesar de la negativa de su cónyuge, ya que de la redacción del mencionado párrafo, este por si mismo no constituye delito, pues no encuadra en la primera parte del precepto que se comenta y en la última parte por su redacción y por no tener sanción alguna no será reprochable tampoco, podría hablarse de que el cónyuge que no autoriza tal inseminación en su esposa sea ofendido, es decir, no se infringe norma penal alguna.

Ausencia de Conducta.- El Profesor Carrancá y Trujillo, dice que para que el delito exista, es necesario que se produzca una conducta humana, siendo ésta un elemento básico del delito, y consistente en el hecho material exterior positivo o negativo producido por el hombre.

Si es positivo consistirá en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto. Y si es negativo consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, lo que también causará un resultado.

Concluyendo, si falta alguno de los elementos esenciales del delito éste no se integra. La conducta es el elemento esencial, y si ésta falta, el delito no se integrará.

En la figura a estudio, el aspecto negativo de la conducta puede impedir la formación del delito, aquí es observable lo estatuido en el artículo 15º del Código Penal.

- 1.- La persona es violentada materialmente al practicarle maniobras de Inseminación Artificial ilícita (vis absoluta o fuerza física exterior irresistible vis mayo), no es responsable de su conducta.
- 2.- Fuerza mayor de procedencia natural, no del hombre o de movimientos reflejos, no cabría en la figura a estudio por razones obvias y por la naturaleza de las maniobras a practicar para inseminar artificialmente.
- 3.- Como excluyentes de responsabilidad por ausencia de conducta, el hipnotismo, por virtud de que en tales condiciones pueden practicarse conductas de Inseminación Artificial ilícita y su conciencia se encuentra suprimida.

C.> OBJETO DEL DELITO.

En la doctrina se distingue entre objeto jurídico y objeto material del delito.

El objeto jurídico, "Es el bien jurídico tutelado a través de la Ley Penal, mediante la amenaza de una sanción". (26)

Puede decirse que no hay delito sin objeto jurídico, por constituir éste su esencia.

El objeto material, "Es la persona o cosa dañada, o que sufre el

²⁶ .- CUELLO, Calón Eugenio. Derecho Penal, Textos Universitarios, p. 51.

peligro de la conducta delictiva". (27)

No se debe confundir con el sujeto pasivo aún cuando en ocasiones éste último puede al mismo tiempo constituir el objeto material del delito. En especie, el objeto material por ser la persona sobre la que se concreta la acción delictuosa, será en el supuesto que se realizará en una mujer que se niegue a que se le practiquen maniobras de Inseminación Artificial lícita, o en mujer menor de dieciocho años de edad, también en incapaces que autorizan tales conductas, pero por carecer precisamente de esta capacidad para conducirse no están aptas para hacerlo.

El objeto jurídico, entendiéndose como el bien jurídico protegido por la ley y que el hecho criminal lesiona en el caso a estudio, lo será precisamente la libertad que posee toda mujer al momento de embarazarse en el tiempo que ella lo disponga, lo anterior de conformidad con el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del precepto establecido en la Ley General de Población y no cuando otra persona así lo disponga.

D.> TIPICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

La tipicidad.- Para que la conducta humana sea delictuosa debe ser típica, antijurídica y culpable, en consecuencia la tipicidad es un elemento esencial del delito.

Existen algunas diferencias o descripciones entre los que se considera el tipo penal en tal circunstancia Jiménez De Asúa,

²⁷ .- CUELLO, Calón Eugenio. Derecho Penal, Textos Universitarios, p. 51.

argumenta que el cuerpo del delito hoy tipo penal es el objeto material del mismo y en todo caso el instrumento con que se perpetra, pero al respecto la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha esclarecido perfectamente ambos términos.

El tipo legal es una creación legislativa, es la descripción legal del tipo, con excepción en algunos casos, ejemplo el homicidio.

Tipo.- Es la descripción legal.

Tipicidad.- Será el encuadramiento de la conducta al tipo.

Por lo tanto la tipicidad tiene una formación y función predominante en las características del delito. Toda conducta es antijurídica (Salvo que obre una causa de justificación), por ser en los tipos donde el legislador estableció las prohibiciones y mandatos indispensables para asegurar la vida colectiva, es necesario dejar claro que si bien es cierto que en algún momento pudiera existir alguna excluyente de responsabilidad en relación a la culpabilidad también lo es que no existe anulación de la antijuricidad, pues aún cuando se diera la excluyente, la conducta esta realizada tan solo no se impone sanción alguna al sujeto activo en virtud de dicha excluyente.

Clasificación de los tipos:

A) Normales y Anormales.- La ley al establecer los tipos, generalmente hace una descripción objetiva, pero a veces incluye elementos normativos o subjetivos, (ejemplo homicidio, estupro). Se habla de normal cuando se refiere a situaciones meramente objetivas; y anormales cuando es necesario establecer una valoración ya sea

cultural o jurídica (ejemplo engaño, fraude).

- B) Básicos.-** Son aquellos alrededor de los cuales se agrupan otros tipos: Delitos contra la vida, en donde es básico el homicidio.
- C) Especiales.-** son los formados por el tipo básico más otros requisitos, cuya nueva existencia excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial (ejemplo infanticidio).
- D) Complementados.-** Los tipos se integran con el básico y una circunstancia distinta (ejemplo homicidio calificado).
- E) Autónomos e Independientes.-** Son los que tienen vida propia, sin depender de otro tipo (ejemplo robo simple).
- F) Subordinados.-** Dependen de otro tipo por su carácter circunstanciado al tipo básico siempre autónomos, adquieren vida en razón de ésta, al cual no solo complementan sino se subordinan (ejemplo homicidio en riña).
- G) De Formulación Casuística.-** Son aquellos en los cuales el legislador no describe una modalidad única sino varias forma de ejecutar el ilícito.

Para que surja a la vida práctica jurídica la inseminación artificial ilícita prevista en el numeral 466 de la Ley General de Salud, es menester que el sujeto de la conducta positiva adecúe la misma a la descripción establecida en el precepto antes citado, pues de no ser así se estarían violando la garantía consagrada en el artículo 14 de la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que no podría imponerse sanción alguna que no este específicamente decretada por una ley aplicable al delito del que se trate.

Ausencia de Tipicidad o Atipicidad.- Se debe distinguir entre ausencia de tipo y ausencia de tipicidad; Hay ausencia de tipo cuando la conducta antisocial no se encuentra descrita en el catálogo de delitos; y hay ausencia de tipicidad cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo penal, es entonces cuando se presenta el aspecto negativo del delito y que llamamos atipicidad.

**La atipicidad es "La ausencia de adecuación de la conducta al tipo".
(²⁸) Si la conducta no es típica no es delictuosa.**

Para que exista tipicidad es necesario, que el sujeto realice maniobras en el cuerpo de una mujer que no ha proporcionado su consentimiento o contando con éste, sea menor de edad o incapaz, y tendientes a hacer llegar el semen en forma artificial al óvulo de aquella; independientemente del resultado del embarazo o su fracaso. Si no se integran los elementos anteriormente indicados se estaría en un caso de ausencia de tipicidad.

E.> ANTIJURIDICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

Para que sea delictuosa la conducta a de ser típica, antijurídica y culpable, luego entonces la antijuricidad es otro de los elementos esenciales del delito.

Para el Profesor Jiménez Huerta, quien al referirse a la antijuricidad

²⁸ .- CUELLO, Galón Eugenio. Derecho Penal, Textos Universitarios, p. 51.

dice: "Para que una conducta pueda considerarse delictuosa, necesario es que lesione un bien jurídico y ofenda los ideales valorativos de la comunidad, surge así la antijuricidad como el segundo elemento que reviste el delito". (29)

Una vez constatada la existencia de una conducta humana penalmente relevante, para que dicha conducta pueda llegar a considerarse en última instancia como delictiva, es necesario que esta conducta sea antijurídica, es preciso comprobar que es contraria a una norma ya que una misma conducta puede ser tanto lícita como ilícita.

Una conducta es antijurídica cuando siendo típica no es protegida por una causa de justificación. La acción humana para ser delictiva a de estar en oposición con la norma penal que prohíbe u ordena su ejecución, por tanto a de ser antijurídica. Obra antijurídicamente el que contraviene a las normas penales.

La antijuricidad presupone un juicio acerca de la oposición con la conducta humana y la norma penal, juicio que solo recae sobre la acción realizada excluyendo toda valoración de índole subjetiva, por lo que la antijuricidad tiene carácter objetivo.

Luego entonces, si la antijuricidad es entendida como la violación del bien que protege el tipo penal, si alguno o algunas personas practican o intentan practicar conductas encaminadas directa o indirectamente, y que no las realicen por causa ajenas a ellos como son las maniobras

²⁹ .- JIMENEZ, Huerta Mariano. La antijuricidad, edit. Porrúa, México 1985 p. 122.

tendientes a hacer llegar artificialmente el semen al óvulo de una persona que no a dado su consentimiento, o dándolo si es menor de dieciocho años o incapaz, se estará en tal supuesto de antijuricidad es decir, lo que es contrario a lo establecido en la propia norma.

Ausencia de Antijuricidad.- En ocasiones la conducta típica esta en aparente contradicción al derecho y sin embargo no es antijurídica, por obrar alguna causa de justificación. Así pues las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuricidad.

Como se ha visto el primero y más elemental de los sistemas para reconocer la ausencia de antijuricidad es acudir al repertorio de las causas de justificación expresamente consignadas en la ley.

En la mayor parte de los códigos encontramos estas:

- 1.- Actos legítimos ejecutados en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, autoridad u oficio.
- 2.- Legítima defensa.
- 3.- Estado de necesidad.
- 4.- Impedimento Legítimo.

Si las causas de justificación tienen como importantísimo carácter ser generales a todas las especies de delitos y actúan en la inmensa mayoría de ellos, suprimiendo lo injusto, el conocimiento no puede figurar entre ellos, ya que hasta los partidarios de darle este papel confiesan que en solo casos concretos y muy contados pueden invocarse.

De tales circunstancias resulta officioso o bien inútil entrar al estudio de fondo respecto de las causas de justificación expresadas, ya que si bien es cierto y aplicable al caso concreto que se estudia, resulta ilógico tratar de justificar la conducta delictuosa del sujeto activo que insemna o realiza artificios para llegar a su objetivo, es decir, inseminar a una mujer sin el consentimiento de ésta o bien contando con el pero que sea contraviniendo a la ley, específicamente si se trata de menor de edad o incapaz por lo que no es aplicable al presente caso la legítima defensa ni el estado de necesidad.

Aunque la primera causa de justificación a la que se ha hecho alusión pudiera en cierto momento interponerse por el sujeto activo de la conducta, desde luego debiendo quedar debidamente probado con medios de convicción que sean suficientes y verosímiles para tomarse en consideración.

F.> IMPUTABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

La imputabilidad es la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho penal.

La imputabilidad es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollos mentales en el autor en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo. Si la imputabilidad es la capacidad de obrar con discernimiento, voluntad y capacidad por tanto de ajustarse a las normas jurídicas o apartarse de ellas culpablemente, su corolario inmediato es la responsabilidad como obligación de sufrir las consecuencias jurídicas de los propios actos.

La responsabilidad es el deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado.

Para que podamos hacer responsable a persona determinada es necesario que sea imputable es decir, que sea capaz de entender y de querer, como precisa el Maestro Raúl Carrancá y Trujillo, que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente, así pues no podrá ser imputables las personas que se encuentran en los supuestos del artículo 15° fracción II del mismo ordenamiento legal "Inimputabilidad", o bien cuando se actúa de modo por miedo grave (Fracción I del artículo 15° del Código Penal).

En los casos que sean menores de edad, quienes practiquen las conductas prohibidas en el numeral 466 de la Ley General de Salud, éstos no serán imputables es decir, existirá inimputabilidad, pues no son sujetos del derecho penal además de que no cometen delitos sino conductas antisociales y serán susceptibles de corrección, acorde a la ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores.

Por tanto la inimputabilidad como a quedado analizado en líneas anteriores resulta necesario que se integren todos y cada uno de los elementos positivos del delito, para poder hablar de responsabilidad penal, en tales circunstancias la imputabilidad es indispensable para la formación de la figura delictiva.

La inimputabilidad esta determinada por un mínimo de edad y de salud mental. En consecuencia son causas de Inimputabilidad los

estados de inconsciencia (permanentes y transitorios), el miedo grave y la sordomudez en términos de lo que disponen los artículos 67, 68, y 69 del Código Penal y 477 fracción III del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

G.> CULPABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

Es otro de los elementos esenciales del delito y ésta a sido estimada como "El conjunto de presupuestos que fundamentan la responsabilidad personal de la conducta antijurídica".⁽³⁰⁾

Existen dos formas de culpabilidad:

1.- Dolo.

Y que es definida como la voluntad consciente, dirigida a la ejecución de un hecho que la ley prevé como delito.

Los elementos del dolo: un elemento ético y otro volitivo o emocional. El elemento ético esta constituido por la conciencia de que se quebranta el deber. El volitivo o psicológico, consiste en la voluntad de realizar el acto, en la violación del hecho típico.

ESPECIES DE DOLO.

DOLO DIRECTO. Cuando el agente a previsto como seguro el resultado u omisión a los resultados ligados a ella de modo necesario y a querido directamente tal resultado.

DOLO INDIRECTO. Cuando el agente se propone un fin sabiendo que

³⁰ .- PAVON, Vasconcelos Francisco. Ob. cit. p. 531.

surgirán otros resultados delictivos, los cuales no por el objeto de su voluntad a pesar de lo cual persiste en su propósito.

DOLO INDETERMINADO. Cuando el agente tiene la intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en concreto.

DOLO EVENTUAL. Cuando se desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros resultados no queridos directamente.

2.- Culpa.

Existe culpa "Cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley. ⁽³¹⁾ Jiménez De Asúa define a la culpa como, "La producción de un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión, no solo cuando a faltado el autor, sino también la representación del resultado que sobrevendrá, así como también que exista la esperanza de que no sobrevenga; y este a sido fundamento decisivo de las actividades del autor, para que se produzca sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo.

ELEMENTOS DE LA CULPA:

ACTUAR VOLUNTARIO. Ya que para la existencia del delito se requiere una conducta humana, que ese actuar voluntario se efectúe sin las debidas precauciones exigidas por el estado, que ese resultado pueda ser previsible, evitable, y tipificable penalmente, y que

³¹ .- CUELLO, Calón. Ob. cit., p. 171.

exista una relación de causalidad entre el actuar voluntario y el resultado no querido.

PRINCIPALES ESPECIES DE CULPA.

- 1.- Culpa Consciente.** Con previsión o representación, cuando el agente a previsto el resultado como posible, pero no desea el resultado y tiene la esperanza de que no ocurrirá.
- 2.- Culpa Inconsciente sin Previsión o sin Representación.** Cuando no se preve un resultado previsible. Existe voluntad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible.

De acuerdo a todo lo anterior y para que podamos considerar culpable a la persona que practica en el cuerpo de una mujer maniobras Artificiales de Inseminación, prohibidas en el artículo 466 de la Ley General de Salud, será menester como lo precisa el Licenciado Ignacio Villalobos, que aquel que desprecie el orden jurídico y los mandatos estatuidos en la ley.

En el presente caso se dice, que únicamente, existe la intención, es decir, el dolo para causar el daño contemplado en el artículo de referencia, el sujeto conociendo su conducta y lo prohibido en tal precepto, realiza ésta o intenta ejecutarla, despreciando el objeto jurídico del mismo.

El sujeto que practica las maniobras tendientes a hacer llegar el semen al óvulo de la mujer, estará en las causas de inculpabilidad, cuando exista error, es decir, tenía conocimiento de que la mujer dio

su consentimiento y que era mayor de edad, por haber tenido su acta de nacimiento, o bien era capaz, en estos casos no existirá culpabilidad, pues no se dio el elemento volitivo de causar un daño, o bien no exista el elemento intelectual.

La inculpabilidad, es la ausencia de conocimiento o voluntad en la conducta típica y antijurídica. Por lo que también podrá existir inculpabilidad, en los casos de corporaciones médicas, cuando un subordinado o médico practicante recibe una orden de practicar una Inseminación Artificial, pero se le amenaza de sufrir graves consecuencias en su persona o laboralmente si no lo hace.

PUNIBILIDAD.

Que es elemento esencial del delito y se debe entender como lo hace el Profesor Francisco Pavón Vasconcelos y Don Fernando Castellanos Tena, que la punibilidad es el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta.

Algunos autores dicen que la punibilidad mas que un delito es la consecuencia del mismo. En el caso que nos ocupa debemos observar que la sanción a imponerse y prevista por el artículo 466 de la Ley General de Salud, es de los llamados privativos de la libertad, es decir, que amerita detención del sujeto activo del delito, en los casos de flagrancia y en casos urgentes.

Si es detenida la persona, o presentada ante el Agente del Ministerio Público, no se le permitirá su libertad, pues la penalidad que posee el delito de Inseminación Artificial ilícita se concreta a pena de prisión

(De uno a tres años, si no se produce embarazo, y de dos a ocho años cuando se produzca este), y no se trata de pena alternativa o pecuniaria, durante la fase procesal.

Por la penalidad distinta que preve el artículo mencionado, tanto si de las maniobras de la Inseminación Artificial Ilícita se obtiene embarazo o no, el sujeto activo del mismo, en la fase del proceso, es decir, ante el órgano jurisdiccional, tendrá derecho a obtener su libertad provisional mediante garantía, ya se trate de caución, fianza, hipoteca, garantía personal, toda vez que el término medio aritmético de la pena que pudiera imponerse no exceda de cinco años de prisión, incluyendo las modalidades del caso, conforme a la reforma establecida en el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, misma garantía que fijará el Juez de Distrito respectivo, u órgano jurisdiccional, atento a los mandamientos del artículo 20 de nuestra ley suprema Fracción I (el término medio aritmético desaparece en publicación de septiembre de 1994).

Por lo que respecta a la mujer casada, sin obtener consentimiento de su cónyuge, si se insemina artificialmente, nótese que existe en el precepto 466 del ordenamiento legal antes multicitado, ausencia de sanción.

CAPÍTULO IV

- A.> EUGENESIA.**
- B.> FERTILIZACIÓN IN VITRO.**
- C.> TRANSFERENCIA INTERFALOPIAL DE GAMETOS.**
- D.> INSEMINACIÓN INTRAUTERINA.**
- E.> MEDIOS PROBATORIOS EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL ILÍCITA.**
- F.> ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 206 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.**
- G.> DILIGENCIAS O ACTUACIONES NECESARIAS PARA INTEGRAR LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL SUJETO ACTIVO.**
- H.> CARÁCTER CIENTÍFICO DE LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL ILÍCITA.**

CAPÍTULO IV.

A.> EUGENESIA.

La Eugenesia es la ciencia que se ocupa del control de los rasgos hereditarios a través de la unión selectiva de seres. Se define también como el control deliberado, legal o social de la perpetuación de los rasgos genéticos en los seres humanos.

La teoría de Charles Darwin (1859) sobre la evolución de la selección natural inició la Eugenesia Moderna tanto como un movimiento científico como social. Las sociedades pueden alterar tanto la dirección como el ritmo de al que la evolución genética ocurre en los humanos interviniendo o influenciando la reproducción de estos.

Sir Francis Galton, fue el padre intelectual de la Eugenesia Moderna palabra que invento en 1883, como un movimiento social; la Eugenesia encierra todos los esfuerzos para modificar la selección con el fin de lograr cierto cambio genético deseado. Galton afirma que el propósito de la Eugenesia no es para copiar la forma irrazonable en que la selección opera sino para cambiar deliberadamente el camino de la humanidad.

Los programas de Eugenesia se clasifican positivos si su propósito es aumentar la reproducción de individuos considerados muy valiosos para la sociedad. Un programa como el de Inseminación Artificial por Donador (IAD), utiliza el espermatozoides de un donador que no sea el esposo de la mujer, los médicos usualmente escogen a los donadores con habilidad mental y salud física superior al promedio. Varios miles de

bebés IAD, nacen al año en los Estados Unidos de Norte América y en Europa Occidental. El depósito para selección germinal, instalación muy singular fundada en 1979 bajo conceptos similares almacena esperma de laureados premios Nobel que han aceptado a donar su esperma, en 1983 una medida similar se adoptó en Singapur cuando deparó en las ventajas educacionales de los niños nacidos de mujeres educadas en general, las disciplinas y tecnologías rápidamente desarrolladas como asesoramiento genético, ingeniería genética y amniosíntesis permiten a las parejas tomar la delantera para hacer sus propias decisiones para realizar sus metas eugenésicas.

Los programas Eugenéticos Negativos buscan disminuir la reproducción de individuos con serios impedimentos genéticos, en la mayoría de las ocasiones para la esterilización obligatoria de esta clase de individuos; los nazis llevaron esta práctica a un terrible extremo apoyándose en la teoría de la superioridad nórdica sobre las demás razas.

La Inseminación Artificial se ha convertido en una alternativa muy popular como método de concepción en casos en que el varón es normalmente fértil pero que por alguna razón no transmite el semen suficiente, puede donarlo para ser colocado en el cérvix o inyectado directamente en el útero de la mujer durante los días de ovulación, sin el conteo de esperma o si su movilidad son bajos, se puede concentrar antes de ser insertado en la mujer, el promedio de éxito de este tipo de Inseminación Artificial es bajo, de 10% a 17%, la pareja debe sujetarse al proceso durante varias ocasiones para poder concebir y en ocasiones nunca lo logran.

Cuando el conteo de espermatozoides del varón es muy bajo o simplemente no contiene espermatozoides, la pareja puede intentar la Inseminación Artificial utilizando el espermatozoides de un donador, a este proceso se le llama Inseminación artificial por donador (IAD) o Inseminación Donada (ID) la mayoría de las veces se hacen varios intentos, en algunas ocasiones con espermatozoides de diferentes donadores, en repetidas ocasiones se combina el espermatozoides de la pareja con el del donador, en cualquier caso el espermatozoides puede ser congelado para ser utilizado posteriormente.

La Inseminación Artificial con espermatozoides de un donador tiende a ser más exitosa, solo que este procedimiento puede ocasionar complicaciones psicológicas en la pareja, en especial en el hombre, quien puede sentir menos lazos con la criatura que no fue concebida biológicamente.

Algunos grupos religiosos equiparan este procedimiento con el adulterio, en 1988, el Congreso de los Estados Unidos de Norte América sugirió que los practicantes de IAD, escrutinaran adecuadamente a los hombres donadores de espermatozoides para proteger a las mujeres de enfermedades infecciosas, tales como el síndrome de Inmuno deficiencia adquirida (SIDA), y a su vez no dar a luz a niños con desórdenes genéticos heredados por el donador.

B.> FERTILIZACIÓN IN VITRO.

Aún resta otra alternativa que es la fertilización "IN VITRO" (FIV), en la que los huevos se sacan de la mujer y se fertilizan en el laboratorio con el espermatozoides de su pareja o con el del donador y regresado a su

cuerpo para la gestación normal. La FIV, no se refiere solamente a la fertilización del huevo en el laboratorio sino también incluye el proceso de transferencia del embrión al cuerpo de la madre.

Este proceso largo y costoso se puede utilizar solamente cuando la mujer ovula normalmente, a la mujer se le administran hormonas justo después de su periodo de menstruación para estimular sus ovarios y producir tantos huevos como sea posible, una vez maduros los huevos antes de la ovulación, se incuban en un medio cultivado bajo condiciones cuidadosamente controladas, (se pueden congelar algunos huevos para utilizarlos en futuros intentos), al medio se le añade el espermatozoides y si la fertilización ocurre, el cigoto se incuba en el medio ambiente que duplica las condiciones del cuerpo de la mujer.

Al término de los años ochenta, los investigadores desarrollaron una técnica alternativa en que los huevos, el espermatozoides, y el medio de cultivo son sellados en un tubo al mismo tiempo e insertados en la vagina de la mujer para su correcta incubación, en cuanto a los huevos extras, algunos embriones pueden congelarse para ser utilizados en el futuro.

Si el embrión se desarrolla normalmente en el laboratorio, se introduce a través del cérvix en el útero, algunas veces, se implantan cuatro o más embriones para incrementar las oportunidades de éxito, ya que esta práctica tiene un promedio positivo de alrededor del 10% en ocasiones resultando embarazos múltiples.

Muchas autoridades consideran a la FIV experimental y recomiendan su práctica solamente cuando otros tratamientos han sido agotados,

su éxito rotundo mostró un 10%, aún cuando por insistencia de varios intentos se puede llegar a lograr hasta en un 25%.

Existen algunas mujeres, particularmente las de ovarios inactivos, cuyos ovarios no funcionan normalmente y las que temen contagiar alguna enfermedad genética que escogen la FIV, con el huevo o el embrión de un donador; después de que el huevo del donador es fertilizado en el laboratorio con el esperma masculino, este se puede introducir en el útero de la pareja convencionalmente como en la FIV. Una alternativa es al Inseminación Artificial del donador con el esperma masculino y luego transferir el embrión al útero de la pareja, en raras ocasiones cuando ambos son estériles, la FIV se puede llevar a cabo con esperma y huevos donados, implantando el embrión en el útero de la mujer que los va a gestar.

Siempre se ha asumido que la fertilidad de la mujer disminuye después de los 30 años de edad dados los cambios del revestimiento que sufre el útero, ahora bien, las investigaciones han demostrado en el Centro Médico del Monte Sinaí en la ciudad de Nueva York, en el año de 1991, que las mujeres de 40 años de edad que no han podido concebir con su propio huevo tienen una excelente oportunidad con huevos donados por mujeres más jóvenes, el factor crucial para la disminución de la fertilidad es la calidad de las células del huevo y no del estado del útero.

Al igual que la Inseminación Artificial por donador, el proceso de FIV y sus variantes, al igual que las técnicas de congelación de huevos, esperma, y embriones para implantaciones futuras han ocasionado

controversias legales, éticas, religiosas. La crítica mas fuerte es para FIV como neta investigación, sin intención de implantar el embrión, destruyendo así los huevos fertilizados. Existe también la duda con respecto a cuanto tiempo debe permanecer el embrión en congelación, si este tiene derechos, relaciones familiares después de su donación, el experimento con fetos humanos, la custodia del embrión congelado en caso de divorcio.

A finales de los años ochenta nació el interés sobre la falta de leyes y reglamentos o estancarse federales que rigieran a más de 150 centros de FIV operando en los Estados Unidos de Norte América, hubo evidencias de que cuantiosas clínicas manipulaban el promedio positivo de resultados para atraer mas clientes.

C.> TRANSFERENCIA INTERFALOPIAL DE GAMETOS.

Esta es una variación de la FIV, utilizada la mayoría de las veces en parejas cuya esterilidad es inexplicable, en este procedimiento, los huevos se toman de los ovarios y se depositan conjuntamente con una serie de esperma del hombre y se introduce en la trompa de falopio, esperando la fertilización natural.

El procedimiento completo dura aproximadamente una hora y usualmente se lleva a cabo en pacientes externos, este es menos costoso que la FIV y su oportunidad de éxito es igual, esta práctica al igual que la FIV se puede llevar a cabo con esperma y/o huevos donados, pero solamente en mujeres que tengan por lo menos una trompa de falopio sana.

D.> INSEMINACIÓN INTRAUTERINA.

Esta es una antigua alternativa sin cirugía para la FIV y la TIFG en la IIV, la ovulación se estimula con hormonas y posteriormente el espermatozoide se introduce artificialmente directamente en el útero, el procedimiento se diferencia de la Inseminación Artificial en que el espermatozoide traspasa la vagina superior y el cérvix, y en el que las infecciones y los anticuerpos que matan el espermatozoide pueden ocasionar esterilidad en la mujer. Se puede usar en casos en que la infertilidad es ocasionada por Endometritis o por problemas en la producción de espermatozoides, en su movilidad o en su calidad; en casos en que su razón se desconoce su promedio de éxito varía, este es mucho más sencillo, seguro y mucho menos costoso que la FIV y la TIFG, sin embargo, la IIV como la FIV y la TIFG tienen un alto riesgo de embarazos múltiples por los medicamentos para lograr la fertilidad que se utilizan, de cualquier manera, esta práctica la pueden considerar solamente las mujeres que tienen por lo menos una trompa de falopio sana.

La limpieza de espermatozoides es un procedimiento que se utiliza como tratamiento complementario en la FIV, TIFG e IIV. El semen masculino se junta y se trata para separar el espermatozoide más activo de las demás sustancias en el semen y que pudieran minorizar la posibilidad de fertilización o que el útero pudiera rechazar; entonces se prepara y se introduce en el útero, este procedimiento se puede utilizar en casos en que existe un conteo bajo de espermatozoides o cuando la existencia de una mucosidad delgada y anormal en la vagina no permite la fecundación, su promedio positivo es del 30% al 47%.

El método de la paternidad sustituta es mediante el cual, para poder concebir y procrear a una criatura de una pareja infértil, otra mujer lleva a cabo la Inseminación Artificial con el esperma del varón de la pareja; la madre sustituta cobra su servicio y cede todos los derechos sobre el niño. En casos en que la mujer de la pareja sea estéril se le puede inseminar artificialmente con el esperma masculino, en los casos en que la esposa es fértil pero imposibilitada para gestar, a través de la FIV, se le implanta el esperma y el embrión de la pareja; o bien el esperma donado.

E.> MEDIOS PROBATORIOS EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL ILÍCITA.

Con el objeto de entrar al estudio del presente capítulo, se puede decir en términos generales, que el medio de prueba es el modo o acto con el cual se suministra conocimiento sobre algo que se debe determinar en el proceso. Organo de prueba es la persona física portadora de un medio de prueba; en otras palabras “Es la persona física que suministra en el proceso el conocimiento de objeto de prueba” (³²), es lo que hay que determinar en el proceso.

En la prueba pueden distinguirse tres elementos:

- 1.- El Medio de Prueba.
- 2.- El Órgano de Prueba.
- 3.- El Objeto de Prueba.

³².- RIVERA, Silva Manuel. El Procedimiento Penal, edit. Porrúa, México 1978, 9a. edición corregida y aumentada, p. 73₇₈

El Medio de Prueba, es la prueba misma, es el modo o acto por medio del cual se lleva el conocimiento verdadero de un objeto. Lo anterior coloca al medio entre dos extremos a saber: Por una parte el objeto y por la otra el conocimiento verdadero del mismo entendiéndose por objeto todo lo que puede ser motivo de conocimiento; conocimiento desde el punto de vista común, comprende en darse cuenta de algo, abarca la exacta correlación entre el objeto y las notas que ofrece el conocimiento, así pues, el medio es el puente que une al objeto por conocer con el sujeto cognocente. En el Derecho Procesal, los sujetos que tratan de conocer la verdad son: directamente el Juez a quien hay que ilustrar para que pueda cumplir con sus funciones decisorias o indirectamente las partes, en cuanto se ilustran con las pruebas del proceso para sostener la posición que les corresponde.

El objeto por conocer es el acto imputado con todas sus circunstancias y la responsabilidad que de ese acto tiene un sujeto.

De lo anterior, podemos concluir que en toda investigación penal, resulta esencial la aportación de pruebas, esto con el objeto, ya sea de comprobar tanto los elementos del tipo penal como la responsabilidad penal del sujeto activo, o bien para probar lo contrario, por lo tanto deberán ser admitidas todas y cada una de las pruebas que ofrezcan las partes, siempre y cuando no se contravenga a la ley, tal y como se estudiará en el punto que precede en términos de lo que establece el artículo 206 del Código Federal de Procedimiento Penales, obviamente y en virtud de que el delito de Inseminación Artificial ilícita es de carácter federal.

F.> ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 206 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Como ya se dijo en líneas anteriores del presente capítulo, los medios de prueba son los instrumentos para persuadir al Juzgador sobre la certeza de las afirmaciones de las partes, y resulta evidente que para lograr tal persuasión estas deben contar con las formas que les permita llegar a ese resultado.

De tal aseveración, es el Juez, como autoridad en el proceso a quien corresponde admitir las pruebas, desde luego esta admisión, no es en forma arbitraria, puesto que la ley es clara y precisa respecto de todos y cada uno de los medios de prueba, es decir, se estaría violando el derecho si en algún momento se recibieran pruebas ilegales, contrarias a la ley, porque la incorporación al proceso de tales sugerencias, sería violatorio de garantías y máxime que en el proceso criminal como lo llaman algunos autores, existe garantías expresa en el sentido de que, no se aplicará pena alguna por analogía o mayoría de razón, sino lo estrictamente establecido en la ley. Ahora bien, tal y como lo establece en artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales determina: "Son admisibles todos los medios de prueba que no sean contrarios a derecho. No se admitirán probanzas que no tengan relación con la materia del proceso, o no sean idóneas para esclarecer hechos controvertidos en éste. La admisión o la práctica de las pruebas se ajustarán a los requisitos o procedimientos legalmente establecidos. Quien ofrece la prueba debe proporcionar los elementos de que disponga para este efecto precisar las circunstancias necesarias, para el desahogo de aquella indicar la

finalidad que con la misma se persigue, reaccionando las pruebas con los hechos que se pretenden acreditar”.

En primer término cabe aclarar que este artículo no es inconstitucional, por estar acorde a lo previsto por los artículos, 14, 20, 73, 104, y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, además por no contradecir, por no entrar en conflicto y por no hacer negatoria a la garantía concedida a los acusados en términos de la Fracción V del artículo 20 Constitucional.

No es inconstitucional, establecer en la ley procesal federal, las formalidades esenciales del procedimiento, máxime aún, si se refiere a la prueba por ser esta la parte nuclear de la Instrucción que se le siga al procesado, lógicamente, como quedó asentado, todas las pruebas que se admitan deben de estar ofrecidas conforme a derecho, de lo contrario sería aceptar un irracional derecho de defensa limitado que conduciría a un sistema libre de prueba, por el cual, a criterio del acusado y su defensor se tendría que admitir y desahogar todo tipo de pruebas, sin obstar que estas fueran contrarias a derecho.

Por lo mismo no carece de validez constitucional, el artículo 206 que se analiza, por las circunstancias de reglamentar entre otros el artículo 20 de nuestra Carta Magna en el sentido de que el ofrecimiento y la admisión de las pruebas debe hacerse conforme a la ley procesal.

Además en relación con la constitucionalidad del artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales, no debe perderse de vista que la prueba es el fundamento y el objeto del mismo proceso, no

solo justifica y explica la propia existencia de este, sino que el proceso únicamente existe para desahogar a la prueba. El proceso en realidad se reduce a no ser otra cosa que una herramienta de la prueba.

Antes de la reforma a la ley procesal penal federal de 1984, el artículo 206 preceptuaba: "Se admitirá como prueba todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda constituirla a juicio del funcionario que practique la averiguación. Cuando este lo juzgue necesario, podrá por cualquier medio legal establecer la autenticidad de dicha prueba".

La reforma a que se ha hecho mención al aludido artículo 206, cambió sustanciosamente el absurdo y atrasado sistema probatorio que de ella regía el Código Federal de Procedimientos Penales, respecto del cual cabe preguntarse ahora, ¿Cómo en México pudo sostenerse vigente en tales condiciones que proporcionaron impunemente la arbitrariedad judicial durante medio siglo, sobre la absoluta constitucionalidad y trascendencia de esta reforma al artículo 206, en nuestra justicia federal?

Hoy sin ninguna taxativa expresa, a fin de no vedar los avances científicos del futuro que pudieran servir para probar y con objeto de no contrariar la garantía otorgada por la Fracción V del artículo 20 Constitucional, el nuevo artículo 206 establece la admisión de todos los medios de prueba, siempre y cuando no sean contrarios a derecho.

Los fundamentos que sirven para determinar la illicitud de los medios

de prueba en sí, se derivan de no tener validez científica reconocida, de atentar contra la moral, la libertad o la dignidad de las personas, de no estar autorizadas por la ley, o bien porque las prohíba.

En tales sentidos serían contrarias a derecho, por ejemplo; la magia, la brujería, las declaraciones anónimas que son pruebas que carecen de validez científica o verosimilitud, las que deriven de violencia física o moral, de procedimientos como el narcoanálisis que suprimen la libertad y consecuencia del sujeto, son casos claros de pruebas ilícitas, por atentar contra la libertad y dignidad de las personas.

Están prohibidas por la ley, las pruebas impertinentes o inidóneas, las primeras por no existir ninguna relación lógica o jurídica entre el medio y el hecho de probar, y las segundas porque el medio no es útil para demostrar el hecho con que se relaciona, o bien porque la propia ley no permite probar con ese medio el citado hecho.

En cuanto al trámite de su producción, se consideran contrarias a derecho aquellas pruebas que en su actuación se apartan del procedimiento establecido en la ley para su desahogo, la ilicitud no se refiere aquí al medio en sí, que puede estar probado por la ley procesal, sino que la igualdad sobreviene al apartarse de las formas y procedimientos determinados para su ofrecimiento y desahogo.

De igual manera el hecho particular a investigar, puede originar igualmente, la ilegalidad de las pruebas, en aquellos casos en que los medios carecen de sentido en el proceso; por ejemplo ofrecer pruebas que no tengan relación con la materia del procedimiento penal o que se refieran a hechos no controvertidos en el proceso.

La reforma del artículo 206 de Código Federal de Procedimientos Penales, indica además, la obligación que tiene el oferente de un medio a fin de facilitar su desahogo y propiciar una más expedita y mejor justicia, proporcionar los elementos de que disponga, es decir, que estén a su alcance para su tramitación.

Así mismo con objeto de evitar proposiciones de pruebas inidóneas, impertinentes, frívolas o de mala fe, se señala al oferente el deber de precisar las circunstancias necesarias para el desahogo e indicar la finalidad que con los mismos persigue.

La reforma al artículo 206 a que se ha hecho referencia, indica también la obligación que tiene el oferente de un medio a fin de facilitar su desahogo y propiciar como ya se dijo, una expedita y mejor justicia; si el oferente no tiene la disposición de dichos elementos probatorios, no tiene la obligación de proporcionarlos y por lo tanto, ello no sería motivo de inadmisión de la prueba; por el contrario el medio se rechazaría, si teniendo el oferente tales elementos, este no los presentara con el ofrecimiento.

Por ejemplo si se ofrece la prueba testimonial, manifiesta bajo protesta de decir verdad, no conocer el domicilio del testigo, o no tener la posibilidad de presentarlo a declarar en la correspondiente audiencia, el Juez debe admitir la prueba y ordenar su perfeccionamiento, en base a los artículos 41 y 180 del Código Federal de Procedimientos Penales; así mismo no debe admitirse el ofrecimiento de una pericial que no contenga el nombre y domicilio de los peritos, pues es obvio que estos elementos, además de que

forzosamente debe conocerlos el oferente por ser parte intrínseca del propio ofrecimiento, son las que permiten al Juez que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento, establecidas en los artículos 222, 225, 226, 227, y 228 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Del análisis que se ha hecho del artículo 206 reformado, se desprende que tales exigencias procesales y constitucionales están destinadas a condicionar la forma que debe tener el ofrecimiento de medios probatorios, tales exigencias no tienen esencia procesal de mera sugerencias o recomendaciones, para propiciar una mejor aplicación de la justicia criminal, constituyen auténticas formalidades esenciales del proceso puesto que se refieren y tocan todo el sistema probatorio del Código Federal de Procedimientos Penales, por lo mismo su inobservancia implica para el Juzgador imposibilidad procesal de admitir pruebas ofrecidas ilegalmente.

G.> DILIGENCIAS O ACTUACIONES NECESARIAS PARA INTEGRAR LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL SUJETO ACTIVO.

El artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, recientemente reformado, establece que “El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

De igual manera se llevo a cabo la reforma al Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 168, cuyo texto es idéntico al

antes descrito.

Del contenido de ambos preceptos, se observa con claridad que los elementos del tipo penal son integrantes de la conducta o hecho delictivo; en consecuencia para ese fin sera necesario determinar si esta comprobado la probable responsabilidad del inculpado, lo cual corresponderá a lo objetivo, subjetivo, y normativo, de acuerdo con la descripción legal de cada tipo de los previstos por el legislador en el Código Penal u otras leyes.

Tomando en cuenta la Legislación Mexicana, en el sentido de que el momento de referirse a la integración y comprobación de los elementos del tipo penal, es importante hacer notar que se alude a dos aspectos, que frecuentemente se confunden en la práctica:

Integrar.- Significa componer un todo con sus partes,

Comprobar.- Es evidenciar una cosa cotejándola con otra, repitiendo las demostraciones que la prueban y acreditan como cierto.

Los medios para comprobar los elementos del tipo penal en la legislación vigente, están plasmados, en el artículo 122 del Código Penal para el Distrito Federal y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, señala una regla genérica, consistente en atender a los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal; y otra regla especial para algunos delitos.

Los elementos del tipo penal en el delito de Inseminación Artificial ilícita, se comprobara principalmente con los dictámenes emitidos por

peritos en la materia (Médicos), desde luego esta pericial debe estar debidamente apoyada con otros elementos de convicción probatoria, como la confesión del inculpado, testimoniales, documentales, etc. por lo cual resulta de vital importancia estudiar todos y cada uno de los medios de prueba que reconoce la ley, para que con posterioridad se este en aptitud de aplicarlos al caso concreto que se analiza.

La probable responsabilidad, tanto en la práctica como en la doctrina se habla indistintamente de responsabilidad probable o presunta, existe probable responsabilidad del inculpado cuando hay elementos suficientes para suponer que una persona, a tomado parte en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, por lo cual debe ser sometido al proceso correspondiente.

La determinación de la probable responsabilidad del inculpado corresponde fundamentalmente al Juez; sin embargo también conlerne al Ministerio Público ya que resulta indudable que durante la averiguación previa, para estar en posibilidad de resolver si procede la consignación o la libertad del sujeto, analice los hechos y todas las pruebas recabadas, pues aún habiendo integrado los elementos del tipo penal o cuerpo del delito, sin estar demostrada la probable responsabilidad del inculpado, no podra cumplir con el ejercicio de la acción penal.

En el presente caso a estudio, resulta evidente e importante que se encuentre debidamente integrado tanto los elementos del tipo penal, como la probable responsabilidad del inculpado, para que sea procedente la consignación a los Tribunales Federales.

En la Legislación Mexicana, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, así como el Federal de Procedimientos Penales, reconoce como medios de pruebas:

I.- La Confesión Judicial.

II.- Los Datos Públicos y los Privados.

III.- Los Dictámenes de los Peritos.

IV.- La Inspección Judicial.

V.- Las Declaraciones de Testigos; y

VI.- Las Presunciones y todas aquellas que no sean contrarias a Derecho.

LA CONFESION.

A lo largo de nuestro Derecho Procesal, se ha considerado a la confesión como la reina de las pruebas, puesto que como se desprende en el Proceso Civil, por ejemplo, si el demandado confiesa en todas sus partes las pretenciones reclamadas por el actor, el proceso debe terminar, debiendo el juzgador por lo tanto fallar en contra del demandado, o por lo menos darlo por concluido citando para oír sentencia, aunque lógicamente no debe confundirse la confesión con el allanamiento, ya que en esta última si existe reconocimiento no solo de los hechos de la demanda, sino también de la pretensión de derecho deducida por el actor.

En el proceso penal, aún en el supuesto de considerar a la confesión

como medio de prueba, en tanto se produce en contra de su autor, ello no necesariamente producirá efectos de culpabilidad en el imputado, puesto que puede suceder que no obstante de aceptar la participación en los hechos delictivos, llegan a existir excluyentes de responsabilidad penal, o bien por causas de sentimentalismos, o aquellas otras posibilidades en que por diversos motivos se admiten acciones en delitos que no se cometieron por el confesante.

Con esta serie de situaciones, se debe de establecer que este medio, al menos dentro del proceso penal, no solo ha dejado de catalogarse como la reina de las pruebas, sino que se le a privado de eficacia que anteriormente se le atribuía en el sentido de producir una absoluta convicción para el juzgador, al grado de asignarsele por algunos autores la categoría de mero indicio.

Para la investigación de los hechos del delito, se recurre a las cosas y a las personas, respecto de estas se considera al acusado, como una de las fuentes del conocimiento mas importantes, por la circunstancia de presumir que sea este uno de los más informados del asunto. Desde este punto de vista se tiene al confesante como órgano de prueba, ya que se puede aportar con su declaración elementos de convicción para conocer los hechos de la causa.

La palabra confesión significa: "Declaración que hace una persona de lo que sabe espontáneamente o preguntado por otra".⁽³³⁾

Confesión: "Es el reconocimiento o admisión de las

³³.- Ob. cit. p 143.

responsabilidades y participación que se ha tenido en los hechos que constituyen un acto u omisión que sanciona la ley penal". (34)

Como ya a quedado mencionado, en otra época se tenía a la confesión como la reina de las pruebas, de lo cual ya se a analizado el porque resulta ahora inoperante darle tal valor.

Así pues, la confesión comprende dos elementos esenciales a saber:

A.- Una declaración; y

B.- Que el contenido de la declaración implique el reconocimiento de la culpabilidad.

De lo cual se desprende que si bien es cierto, que existe el reconocimiento por parte del inculpado, también lo es, que no todo lo manifestado por el mismo es confesión, sino únicamente aquello cuyo contenido se resuelve en contra de él, por implicar reconocimiento expreso de culpabilidad.

Se considera confesión judicial, si se hace ante el Juez de la causa y extrajudicial si se hace fuera de él, ante otra autoridad o particular en México a la confesión hecha ante otra autoridad o particular. En México a la confesión hecha ante el Ministerio Público se equipara a la judicial.

Se denomina confesión extrajudicial, aquella que se rinde ante funcionarios que no dependen del Ministerio Público, ni de los Tribunales, si el inculpado confiesa su delito ante particulares o ante

³⁴ .- PIÑA, y Palacios. Proceso Penal Mexicano, edit. Porrúa S.A., p. 291.

personas que desempeñan algún cargo oficial, las personas ante quienes hubiesen depuesto, tendrán el carácter de testigo de oídas en el proceso.

“El reconocimiento de la culpabilidad ante autoridad distinta de la investigadora o judicial, podrá revestir la calidad de otra prueba, pero no es la confesión prevista y reglamentada en la ley.”⁽³⁵⁾

Así pues tal y como lo a sostenido la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación: “La declaración que un individuo rinde ante un empleado que no tenga la calidad de autoridad judicial, ni agente de la policía judicial no puede tomarse como confesión legal, pero si esa declaración esta firmada por el inculpado, si puede considerarse como un elemento presuntivo que robustece las pruebas que legalmente se rinden con posterioridad.”⁽³⁶⁾

La ley establece los requisitos para la eficacia de la confesión, relacionados íntimamente con la conciencia y libertad de quien la rinde, la verosimilitud de los hechos y la calidad del sujeto ante quien se rinde, además de que deben referirse a hechos propios.

Lo primero que surge en lo referente a la comprobación probatoria de la confesión, es precisar su contenido intrínseco, debiendo atenderse dentro de este aspecto a su verosimilitud, es decir, que no despierte sospecha de falsedad; a su credibilidad, esto es, que puede ser creído lo que en ella se dice; a su persistencia y uniformidad, es decir, que el

³⁵.- RIVERA, Silva J. El Procedimiento Penal Mexicano, edit. Porrúa S.A., 1984, pp. 213-214.

³⁶.- PODER JUDICIAL, de la Federación. Jurisprudencia, Apéndice 1917-1985, p. 2164.

confesante no haya estado variando.

La confesión es prueba personalísima que como tal y por venir sobre todo del propio delinciente, es esencialmente subjetiva y solo demuestra su responsabilidad o mejor dicho la admisión por su parte de su intervención, quedaría sin base si no se demuestra objetivamente si es posible la existencia del hecho punible, sin el cual no puede haber sujeto punible, aunque así lo declare un individuo, por tanto la confesión no sirve casi nunca para comprobar los elementos del tipo penal que se presupone.

Conforme a nuestro sistema procesal cualquier tiempo es oportuno para recibir la prueba confesional, es decir, desde el momento en que se inicia la averiguación previa hasta antes de que se pronuncie sentencia en el proceso.

En cuanto a la valoración de la misma, cabe hacer notar, que esta tendría pleno valor probatorio siempre y cuando concurren otros elementos de convicción probatoria que apoyen o robustezcan a la misma, puesto que como ya se dejó asentado en líneas anteriores, pudieran presentarse situaciones que dieran origen a causas excluyentes de responsabilidad, o bien causas que por sentimentalismos o lazos familiares dieran motivo a que el inculcado confiese el hecho delictivo, sin que este lo hubiere cometido.

Otra de las circunstancias de la confesión es la retractación, la cual tan solo se tomará en consideración si existen otras pruebas que destruyan la plenitud de la prueba confesional, es decir, no producirá efecto probatorio, si existen otras pruebas o presunciones que la

hagan inverosímil.

Ya que como es sabido de explorado derecho y tal y como lo sostiene la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación: "Cuando el confesante no aporte ninguna prueba para justificar su aserto, de que fue objeto de violencias por parte de algunos órganos del Estado, su declaración es insuficiente para hacer perder su confesión inicial, el requisito de espontaneidad necesaria a su validez legal." Sexta Epoca, segunda parte, Vol. XVI, pág. 86, A.D. 4233/85. Pedro Rosas Morales, Unanimidad de 4 votos. Vol. XVI, pág. 86, A.D. 4231/55. Félix Flores, Unanimidad de 4 votos. Vol. XVI, pág. 86, A.D. 4231/55. Alberto Morales Flores, Unanimidad de 4 votos. Vol. XLII, pág. 11 A.D. 8174/50. J. Jesús Méndez Flores, Unanimidad de 4 votos. Vol. XLIV, pág. 49 A.D. 6131/59. José Gómez Durán, Unanimidad de 4 votos.

De acuerdo con el principio procesal de inmediatez procesal y salvo la legal procedencia de la retractación confesional, las primeras declaraciones del acusado producidas sin tiempo suficiente de aleccionamiento o reflexiones defensivas, deben prevalecer sobre las posteriores. Sexta Epoca, segunda parte, Vol. VIII, pág. 60 A.D. 3435/57. Esteban Rodríguez Castañeda, Unanimidad de 4 votos. Vol. XI, pág. 75 A.D. 3517/60. José Sánchez Venegas, 5 votos. Vol. XLIII, pág. 37 A.D. 6702/60. J. Guadalupe Montes Lozada, Unanimidad de 4 votos. Vol. XLIII, pág. 37 A.D. 1367/60. Juan Carmona Hernández, Unanimidad de 4 votos. Vol. XLV, pág. 31 A.D. 7422/60 Rutilio Lobato Valle, Unanimidad de 4 votos.

LA TESTIMONIAL.

La prueba testimonial, no apareció al mismo tiempo que el proceso penal, pues primero tuvo este que desarrollarse lo suficiente para tener una diferenciación del proceso civil, dentro del cual en sus orígenes se encontraba subsumido, ejemplo de esto lo encontramos en la etapas primarias del proceso romano de las legis acciones o acciones de la ley y el formulario, donde un mismo tipo de proceso servía para dilucidar cuestiones civiles y penales.

Para que esta prueba empezara a emerger, se requirió superar la idea de que las partes fueron los únicos factores determinantes de la prueba y que el formalismo exagerado que se exigía en el proceso cediera terreno como sistema prevaleciente, en fin, se hizo necesario que se concediera cierta confianza en el prójimo.

Sin embargo una vez que el proceso penal fue adquiriendo cierta autonomía, la prueba testimonial se produce en el de manera definitiva. La naturaleza jurídica de este medio de prueba se determina por su propia esencia, es decir, que pertenece a aquella clasificación de pruebas denominadas como personales y que son precisamente, la testimonial, la pericial, y la confesional, por provenir de la voluntad del ser humano y por producir efectos procesales en la instancia, se trata de un acto procesal, por lo tanto y para diferenciarlo de la documental, constituye un acto y no un negocio jurídico, dado que se trata de una mera comunicación de hecho y se expone tal y como el testigo lo percibió.

El objeto y procedencia de dicha prueba, se puede establecer que en nuestro proceso penal, el objeto del testimonio es no solo el hecho o

hechos, si no también las personas, cosas, lugares, que el testigo describa o señale relacionados con la causa criminal, en el mas amplio sentido y sin considerar las barreras artificiales que se han pretendido imponer para atacarlo, por ejemplo, el criterio de que el objeto del testimonio es la simple percepción del testigo, y no la opinión de que los hechos se hubieran formado por motivo de sus conocimientos o presunciones o bien que tales hechos deban referirse necesariamente a los que ocurrieron antes del proceso y no a los que acáen dentro de él.

Se considera que es difícil aislar la producción y contenido del testimonio a los puros hechos externos, máxime que en nuestro sistema procesal por no existir la tacha de testigos, el Juez no puede separar el relato de las circunstancias personales del testigo y por lo tanto, debe valorar las opiniones de deducciones, apreciaciones lógicas y en todo caso los motivos del convencimiento del propio testigo.

Con relación a su procedencia, el testimonio será admitido siempre que la investigación de los hechos de la causa se haga necesario presentar a las personas que de alguna manera las hubieren presenciado o conocido. (Artículo 240 Código Federal de Procedimientos Penales).

Respecto de su valoración, los Jueces están llamados siempre a determinar cual es el grado de fuerza probatoria de un testimonio o a decir entre testimonios opuestos, cual es el mas fuerte, sería deseable poder contar con un patrón o una medida de probabilidad que sirviera

de término de comparación y la cual se basará para decidir que un testimonio dado esta por encima o por debajo de ese término medio.

En realidad la prueba testimonial no constituye mas que un simple indicio, que el Juez debe de calificar y por lo mismo resulta inconveniente que se le impongan reglas precisas, cortándole la libertad de que debe disfrutar todo juzgador. La aceptación de la prueba testimonial debe ser una obra de convencimiento y un producto de la inteligencia del Juez que no debe estar sujeto a factores que dificulten su análisis. Lo fundamental estriba en el razonamiento que el Juez emplee en sus resoluciones para justificar la admisión de la prueba.

No es violatorio de garantías individuales, el hecho de que la autoridad responsable le niegue valor probatorio a las declaraciones de unos testigos, si tomó en cuenta además de los elementos de justipreciación concretamente especificados en las normas positivas de la legislación aplicable, las demás circunstancias objetivas y subjetivas que mediante un proceso lógico y un correcto raciocinio, condujeran al mencionado tribunal a determinar la mendacidad de los referidos testigos, a quien el acusado no menciona en la declaración rendida ante el Ministerio Público, ni en su preparatoria, por lo que es evidente que son mera complacencia. ⁽³⁷⁾

Si bien es cierto, que la prueba testimonial es una de las más frecuentes y delicada en su apreciación, pues la mendacidad de los testigos constituye un serio peligro y por ello dicha probanza

³⁷ .- DIAZ, de León Marco Antonio. Ob. cit. p. 378.

generalmente produce una profunda desconfianza en el juzgador, sin embargo tales circunstancias obligan a un análisis acucioso de la misma, para estar en condiciones de poder concluir sobre su eficacia o ineficacia, con base en lo que previene el artículo 277 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, que señala la reglas fundamentales que deben observarse, para aquilatar debidamente las declaraciones de mérito precisando entre otras cosas, que el hecho de que se trate sea susceptible de conocerse por medio de los sentidos y que el testigo conozca por sí mismo y no por inducciones ni referencias de otros y que la declaración sea clara y precisa sin duda ni reticencia, ya sobre la sustancia del hecho ya sobre sus circunstancias esenciales, además de que por su edad, capacidad o instrucción, tenga el criterio necesario para juzgar del acto y que por su probidad, la independencia de su posición, y antecedentes personales tenga completa imparcialidad, dándose en la teoría la exigencia de que el testimonio para que pueda valorarse debidamente debe de emanar de una persona digna de fe, que sea persistente, uniforme y principalmente que concuerde con las demás circunstancias del proceso.

Amparo Directo, 1763/75, Salvador Luna Mosqueda 1º de Octubre de 1975. Unanimidad de 4 votos. Ponente Mario G. Rebolledo, F. Secretario Salvador Ramos Sosa. Primera Sala. Informe 1975.

LA INSPECCIÓN.

A diferencia de otras pruebas, en este caso el juzgador recibe la narración o el dictamen sobre hechos, situaciones o personas en la

Inspección u observación, es el propio juzgador quien examina y acredita a través de sus sentidos los extremos que se pretenden probar, de acuerdo a la facultad discrecional concedida por la ley. De ahí la eficacia que se atribuye a este medio de prueba y la extrema dificultad práctica de que la inspección hecha por otro funcionario posea verdaderamente el poder de convicción que ostenta la observación estrictamente judicial asociados con otros medios de prueba, a lo que en cierto modo vitaliza y pone en movimiento la inspección ocular, puede desarrollarse bajo forma de reconstrucción de hechos, caso en el que se plantea dramáticamente los sucesos punibles o los conectados con la conducta criminal. En tal circunstancia puede el Juez al modo que lo hace en la prueba del careo adquirir mayor certeza sobre el valor de confesión y testimonios particularmente.

"Mediante la Inspección Ocular el Juez recoge las observaciones directas de sus sentidos sobre los casos que son objeto de pleito o que tienen relación con él".⁽³⁸⁾

La inspección es el medio probatorio cumplido por el Juez inmediatamente sobre el mundo físico, consistente en la observación y el examen de personas cosas o lugares que se estiman relacionados con el hecho imputado y en la consiguiente descripción de los hechos sometidos a su percepción. Como su nombre lo indica es el acto procesal mediante el cual se deja constancia del estado y circunstancias de los lugares, cosas o personas. Es una prueba en

³⁸.- GARCIA, Ramírez Sergio. y ADATO, de Ibarra Victoria. Prontuario del Proceso Penal Mexicano, edit. Porrúa, México 1980, p.309.

que el funcionario judicial da fe de tales situaciones percibibles por los sentidos.

Según González Bustamante, la prueba de inspección queda sujeta a la comprobación material del juzgador, esta constituida por la percepción de los efectos resolutivos del delito, las huellas materiales, los vestigios que dejó en su perpetración, en una palabra el hecho objetivo y material de la infracción penal.

La inspección es el examen u observación junto con la descripción de personas, cosas o lugares, y es menester distinguir la inspección ocular de la inspección judicial. La primera actúa a guisa del género de la segunda y a ella corresponde la definición general que se ha dado de inspección.

La inspección judicial es una especie de la inspección ocular y se califica con la nota especial de que el examen u observación únicamente puede ser hecha por el órgano jurisdiccional y no por otra persona u órgano, como sucede en la inspección ocular.

“La inspección es un acto procedimental que tiene por objeto la observación, examen y descripción de personas, lugares, objetos y efectos de hechos, para así obtener un conocimiento sobre la realidad de una conducta o hecho o para el descubrimiento del autor.”⁽³⁹⁾

La ley considera a la inspección judicial como prueba como si en realidad lo fuera, pero no, la inspección en sí es simplemente una

³⁹.- COLÍN, Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, edit. Porrúa S.A. México 1986, p. 392.⁹⁹

actividad o para hablar en términos forenses, una diligencia de examen o de reconocimiento de alguna cosa, de un lugar, de un documento relacionado con alguna controversia jurisdiccional, de tal suerte que cuando se habla o discute sobre la naturaleza jurídica de la inspección, la doctrina admite que es un medio de prueba real, directo y personal que ofrece datos ciertos, indiscutibles que servirán para apreciar declaraciones de testigos y aún peritajes cuya credibilidad y certeza serán siempre inferiores respecto a las observaciones directas de la inspección.

“Las huellas o vestigios del delito, una vez certificadas dentro del acto de inspección son elementos indubitables de certeza plena que pueden servir de base a las presunciones que permitan el descubrimiento del o los hechos que se ignoran.”⁽⁴⁰⁾

El objeto de la inspección son las personas, cosas o lugares, ya que la prueba de inspección queda sujeta a la comprobación material del juzgador, esta constituida por la percepción de los efectos resolutivos del delito; las huellas materiales, los vestigios que dejó en su perpetración en una palabra el hecho objetivo y material de la infracción penal.

Respecto a su valoración, la inspección judicial cuando se practica con estricta sujeción a las disposiciones legales que norman su realización tiene pleno valor probatorio, puesto que de no ser así sería tanto como aceptar que los funcionarios que la practicaron, no se

⁴⁰.- PEREZ, Palma Rafael. Guía del Derecho Procesal Civil, edit. Cárdenas editor y distribuidor, Séptima Edición 1986, p. 139.

sujetaron a las reglas establecidas por la ley.

“La Inspección ocular hecha por el Ministerio Público carece de valor probatorio pleno, puesto que los ojos que perciben la realidad no son los ojos del Juez, sino de parte y por lo tanto, la prueba no esta amparada por la regla genérica del artículo 286 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorios Federales, que concede valor probatorio pleno a las diligencias practicadas por el Ministerio Público. Por el contrario la inspección judicial tiene valor probatorio pleno ya que en este caso la realidad a sido percibida por los ojos del Juez quien a de valorar la prueba y fundar la sentencia.”⁽⁴¹⁾

De todo lo anterior se concluye que de la prueba a que se hizo referencia, se valora a través de la libre apreciación que hace el juzgador al respecto, siempre y cuando no contravenga los requisitos que exige la ley.

LA PERICIAL.

A diferencia del testimonio, que implica solo la narración o reproducción de hechos percibidos por medio de los sentidos acerca de tales acontecimientos, la pericia exige una apreciación calificada de quien la hace o la rinde, respecto de conocimientos especiales en una ciencia, técnica o arte. El testigo conoce los hechos directa o indirectamente, el perito en cambio los interpreta y valora a través de una disciplina determinada de ahí que el testigo sea insustituible y

⁴¹ .- ORELLA, Baz Fernando. El Procedimiento Penal en México, Editores Unidos Mexicanos, p. 139.

venga determinado por las circunstancias, por otro lado el perito es designado por la autoridad o por las partes y puede ser sustituido por otra persona que posea las mismas calificaciones profesionales. Las manifestaciones y formas de la delincuencia y el desarrollo constante de la ciencia y la técnica, brindan especial importancia a la pericia en el procedimiento penal.

Así mismo se puede decir, que pericia en el Derecho Procesal Penal es una declaración jurada útil para la valoración de un elemento de prueba de la imputación o para los fines del procedimiento de ejecución ordenada por el juzgador y hechas a él por personas (Peritos), distintas a las que por otros títulos intervienen en el proceso penal, acerca de observaciones técnicas ejecutadas por ellos, a encargo de la autoridad judicial, procedente y durante el proceso a propósito de hechos, personas o cosas, que deban examinarse también después de la perpetración del delito, con referencia al momento del delito, por el que se procede a los efectos ocasionados por él.

La prueba pericial, puede definirse diciendo que es una especie de reconocimiento judicial, practicado sobre datos suministrados a los tribunales por personas entendidas en la ciencia, arte, disciplina, etc. y que el juzgador pueda apreciar mejor los hechos, cuyo examen a sido encomendado a los peritos. Y atento al significado podemos decir que la prueba pericial, es el medio de llegar al conocimiento de la verdad valiéndose de quien trata de obtenerla, de la experiencia de un arte o ciencia de la que carece él, puesto que en muchos casos las investigaciones del Juez, recaen sobre cosas o asuntos de tal

naturaleza, que no es posible con los conocimientos ordinarios esclarecerlos sino que debe acudir a la ciencia o arte de los especialmente expertos.

Resultando de vital importancia, definir lo que es un perito; "Son terceras personas que poseen conocimientos especiales de una ciencia, arte, industria o de cualquier otra rama de la actividad humana, los cuales le permiten auxiliar al Juez en la investigación de los hechos."⁽⁴²⁾

Fácilmente puede distinguirse en esta prueba los sujetos y el objeto formal de la misma, aquellos son los peritos y esta el dictamen pericial emitido por ellos, la pericia es una comprobación y un juicio hecho por aquella acerca de una cosa dada que excede del propio conocimiento del Juez.

Se entiende por declaración de perito, el medio de prueba consistente en la declaración de conocimiento que emite una persona que no sea sujeto necesario del proceso acerca de los hechos, circunstancias y condiciones personales inherentes al hecho punible conocido dentro del proceso y dirigido al fin de la prueba, para lo que es necesario poseer determinados conocimientos científicos, artísticos o prácticos.

El objeto de la pericia es la formulación de juicios y aportación de datos de carácter técnico, mediante la aplicación de conocimientos científicos, artísticos o prácticos.

Respecto de su valoración la pericia representa un elemento

⁴².- GARCIA, Ramírez Sergio. y ADATO de Ibarra Victoria. Ob. cit. p. 329.

subsidiario para la valoración de una prueba o para la resolución de una duda.

En todas las legislaciones procesales de México, se sostiene con acierto que el valor del peritaje queda a la libre apreciación del Juez, si el perito se estima como medio probatorio, se desemboca en el absurdo de que el Juez al valorar las conclusiones del perito se convierte en perito de peritos, puesto que el peritaje es algo "*Sui Géneris*", cuya vida se haya en ilustrar al Juez sobre una técnica, la libertad de apreciación se justifica totalmente, pues el propio Juez que no puede delegar las facultades de conocer y decidir ilustrado por el perito, esta capacitado para apreciar e interpretar directamente los hechos y hacer juicios sobre dictámenes periciales. En conclusión resulta perfectamente razonable que haya libertad para apreciar y valorar el peritaje, ya que como es sabido de explorado derecho tal y como lo sustenta la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación: "Los dictámenes periciales son meras opiniones de técnicos, en alguna especialidad orientadora del arbitrio judicial, que de ninguna manera constituye imperativa para el órgano jurisdiccional." Sexta Epoca. Segunda Parte, Vol. XVII, pág. 103 A.D. 296/78. Porfirio Guzmán Arenas, 5 votos. Vol. XVII, pág. 96 A.D. 6021/57 Ernesto Alfonso Guerrero y Fernández de Arcipreste, Unanimidad de 4 votos. Vol. XXXIV, pág. 53 A.D. 7787/60. Luis Castillo López 5 votos. Vol. XLIII, pág. 76 A.D. 782/60. Ismael Bucio. Unanimidad de 4 votos. Vol. LIII, pág. 54 A.D. 1239/61. Liborio Mata Torres 5 votos.

Para concluir, las partes podrán ofrecer la pericial durante los tres días que sigan a la notificación del auto de formal prisión, si se tratare

de un procedimiento sumario (Artículo 307 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal), o bien durante los siete días siguientes a la notificación de dicho auto si se tratase del proceso ordinario (Artículo 314 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

Pero el Código Federal de Procedimientos Penales, este no determina un plazo fijo para el ofrecimiento de la pericia, si bien, el tribunal ante el cual se ejercita la acción penal, practicara sin demora alguna todas las diligencias probatorias que promuevan las partes (Artículo 142 del Código Federal de Procedimientos Penales); la pericia podrá ofrecerse durante la instrucción, la cual deberá terminarse en el menor tiempo posible.

Para concluir este capítulo, resulta importante hablar de otro tipo de pruebas, las que son esenciales también para el juzgador, al momento en que resuelva en definitiva la situación del procesado, en tales circunstancias hablaremos un poco de lo que es el careo.

Dentro de nuestro sistema procesal penal, el careo asume tres calidades distintas:

- 1.- **El Careo Constitucional:** Es considerado como un derecho de defensa fundamental de todo acusado, se encuentra tutelado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, considerada como una garantía individual, establecida en la fracción IV del Artículo 20 Constitucional que a la letra dice:

En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes

garantías: Fracción IV. Siempre que lo solicite, será careado en presencia del Juez con quienes depongan en su contra.

Su naturaleza jurídica es un derecho a la defensa de todo inculpado que encuentra su basamento, no únicamente en el conocimiento de las declaraciones, sino en el de las personas que depongan en su contra, sin importar que exista o no discrepancia en lo manifestado. Mas que medio de prueba se trata en realidad de un derecho a la defensa, de un derecho fundamental garantizado por la Constitución, y que consiste en dar a conocer al imputado no solo los alcances jurídicos y motivos de la acusación, sino en que se le presenten cara a cara a las personas que lo hubieren incriminado para estar en posibilidad de refutarles las acusaciones engañosa o inexactas.

Por lo tanto se concluye que este careo no halla su fundamento en las divergencias que pudieran salir al paso entre las versiones del acusado y las personas que depongan en su contra, ni su finalidad es la de allanar estas contradicciones como medio de prueba, sino como ya se indicó es la de dar a conocer al reo a sus acusadores para que se defienda en el proceso.

- 2.- El Careo Procesal: Este sí asume la calidad de medio de prueba tiene como finalidad la de clarificar las declaraciones vertidas en el proceso y emitidas por las personas ya señaladas.**

Las condiciones a las que se sujeta este tipo de careo son las siguientes:

- I.- Se producirán siempre ante el órgano jurisdiccional y por lo tanto en el proceso penal.
- II.- Se practicarán cuando existan contradicciones de las personas ya mencionadas, en la parte relativa del artículo 265 del Código Federal de Procedimientos Penales establece: "Con excepción de los mencionados en la fracción IV del artículo 20 de la Constitución, que sólo se celebrarán si el procesado o su defensor lo solicita, los careos se practicarán cuando exista contradicción sustancial en las declaraciones de dos personas, pudiendo repetirse cuando el tribunal lo estime oportuno o cuando surjan nuevos puntos de contradicción".
- III.- Estos careos se desahogaran durante el período de la instrucción.
- IV.- En cada careo, únicamente pueden intervenir dos ponentes en contradicción.
- V.- En el careo se dará lectura en voz alta a las declaraciones emitidas con anterioridad por los careados, en las partes que se tengan contradicciones.
- VI.- Acto seguido a la lectura, se advertirá a los careados sobre las contradicciones que hubiesen aparecido, y se les invitara para que discutan y se reconvenzan para allanar las discrepancias.

3.- El Careo Supletorio: Se produce con objeto de comparar las

declaraciones de una persona presenta con la de otra ausente, es decir, a la diligencia concurre solo uno de los careados, a quien se le da a conocer el dicho del otro en la parte relativa en que contradiga su propia declaración. El artículo 268 del Código Federal de Procedimientos Penales, señala: Cuando, por cualquier motivo, no pudiere obtenerse la comparecencia de alguno de los que deban ser careados, se practicará careo supletorio, leyéndose al presente la declaración del otro y haciéndole notar las contradicciones que hubiere entre aquella y lo declarado por él.

De todos y cada uno de los medios probatorios a que se ha hecho referencia y en especial aplicado al delito de Inseminación Artificial Ilícita, prevista en el numeral 466 de la Ley General de Salud, puede ser comprobado a través de los medios estatuidos por los artículos 206 al 290 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Se podrá presentar como prueba todo aquello que se ofrezca como tal y que pueda constituirlo, entre estas contamos con:

- 1.- La confesión del sujeto activo del delito.**
- 2.- La inspección, principalmente de persona a efecto de corroborar si en la ofendida se practicaron maniobras tendientes a inseminar artificialmente, incluso en la persona activa a efecto de corroborar su estado psicofisiológico, o bien inspección de lugares, instrumentos, efectos y objetos.**

La inspección en efecto, necesariamente se refiere a verificar si la persona ofendida quedó o no embarazada y los efectos que

produjeron las maniobras de Inseminación Artificial Ilicita.

3.- Periciales, principalmente médicas en exámenes ginecológicos, etc.

4.- Testimonial, la cual también fue desglosada anteriormente y que debe tomarse en consideración en la presente figura jurídica para corroborar los anteriores expuestos.

5.- Documentales

6.- Careos, este último resulta de gran importancia, en virtud de que como es prueba obligada al juzgador y pudiendo repetirse cuando el Tribunal así lo estime oportuno, y que surjan nuevas contradicciones, lo anterior para dilucidar y determinar la verdad histórica del delito que se investiga, en este caso el de Inseminación Artificial Ilicita.

Las diligencias mínimas a practicar en el ilícito de Inseminación Artificial, son las siguientes:

A.- Declaración del denunciante de la Inseminación Artificial Ilicita, pudiendo tratarse de un servidor público, elemento de alguna corporación policiaca, de un particular etc.

B.- Fe de documento informativo o de puesta a disposición de persona determinada.

C.- Declaración del sujeto pasivo del delito, (Ofendido víctima etc).

D.- Declaración de o los probables responsables.

E.- Declaración de testigos.

F.- Inspección en el cuerpo de la persona ofendida a efecto de verificar las maniobras de Inseminación Artificial Ilícita, es decir, lo anterior corroborado con la prueba pericial a través de los dictámenes que se deberán practicar; (Misma que no es operante).

G.- Pruebas Documentales.

H.- Inspección en el lugar de los hechos para corroborar las circunstancias especiales que rodean al delito; inspección de objetos y efectos.

I.- Careos Constitucionales, Procesales y/o Supletorios.

J.- Demás diligencias pertinentes al caso.

H.> CARÁCTER CIENTÍFICO DE LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL ILÍCITA.

Para concluir con el presente capítulo, resulta de suma importancia justificar el carácter científico de la Inseminación Artificial, puesto que si por un lado se habla de ilícito, tal y como lo dispone el artículo 466 de la Ley General de Salud, también lo es que en materia de investigación se requieren de cierto requisitos que han de cubrirse para tal efecto y así justificar de esta manera su carácter científico.

Dada su importancia se transcriben los requisitos exigidos por el título segundo del Reglamento de la Ley General de Salud en materia

de investigación para la salud.

Artículo 13.- En toda investigación en la que el ser humano sea sujeto de estudio, deberá prevalecer el criterio del respeto a su dignidad y la protección a sus derechos y bienestar.

Artículo 14.- La investigación que se realice en seres humanos deberá desarrollarse conforme a las siguientes bases:

- I.- Se ajustará a los principios científicos y éticos que la justifiquen;**
- II.- Se fundamentará en la experimentación previa realizada en animales, en laboratorios o en otros hechos científicos;**
- III.- Se deberá realizar cuando el conocimiento que se pretenda producir no pueda obtenerse por otro medio idóneo;**
- IV.- Deberán prevalecer siempre las probabilidades de los beneficios esperados sobre los riesgos predecibles;**
- V.- Contará con el consentimiento informado y por escrito del sujeto de investigación o su representante legal, con las excepciones que este reglamento señala;**
- VI.- Deberá ser realizada por profesionales de la salud a que se refiere el artículo 14 de este reglamento, con conocimiento y experiencia para cuidar la integridad del ser humano, bajo la responsabilidad de una institución de atención a la salud que actúe bajo la supervisión de las autoridades sanitarias competentes y que cuente con los recursos humanos y**

materiales necesarios, que garanticen el bienestar del sujeto de investigación;

VII.- Contará con el dictamen favorable de las comisiones de investigación, ética, y la bioseguridad en su caso, y

VIII.- Se llevará a cabo cuando se tenga autorización del titular de la institución de atención a la salud y en su caso de la Secretaría de Salud, de conformidad con los artículos 31, 62, 69, 71, 73, y 88 de este reglamento.

Artículo 15.- Cuando el diseño experimental de una investigación que se realice en seres humanos incluya varios grupos, se usarán métodos aleatorios de selección para obtener una asignación imparcial de los participantes en cada grupo y deberán tomarse las medidas pertinentes para evitar cualquier riesgo o daño a los sujetos de investigación.

Artículo 16.- En las investigaciones en seres humanos se protegerá la privacidad del individuo sujeto de investigación, identificándolo solo cuando los resultados lo requieran y éste lo autorice.

Artículo 17.- Se considera como riesgo de la investigación a la probabilidad de que el sujeto de investigación sufra algún daño como consecuencia inmediata o tardía del estudio. Para efectos de este reglamento, las investigaciones se clasifican en las siguientes categorías:

1.- Investigaciones sin riesgo.

2.- Investigaciones con riesgo mínimo.

3.- Investigaciones con riesgo mayor al mínimo.

Artículo 18.- El investigador principal suspenderá la investigación de inmediato, al advertir algún riesgo o daño a la salud del sujeto en que se realice la investigación. Así mismo será suspendida de inmediato cuando el sujeto de investigación así lo manifieste.

Artículo 19.- Es responsabilidad de la institución de atención a la salud proporcionar atención médica al sujeto que sufriera algún daño, si estuviere relacionado directamente con la investigación, sin perjuicio de la indemnización que legalmente le corresponda.

Artículo 20.- Se entiende por consentimiento informado el acuerdo por escrito, mediante el cual el sujeto de investigación o en su caso su representante legal autoriza su participación en la investigación, con pleno conocimiento de la naturaleza de los procedimientos y riesgo a los que se someterá, con la capacidad de libre elección y sin coacción alguna.

Artículo 21.- Para que el consentimiento informado se considere existente, el sujeto de investigación o en su caso su representante legal deberá recibir una explicación clara y completa, de tal forma que pueda comprenderla, por lo menos, sobre los siguientes aspectos:

- I. La justificación y objetivos de la investigación;
- II. Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito, incluyendo la identificación de los procedimientos que

son experimentales;

- III. Las molestias o los riesgos esperados;
- IV. Los beneficios que puedan obtenerse;
- V. Los procedimientos alternativos que pudieren ser ventajosos para el sujeto;
- VI. La garantía a recibir respuesta a cada pregunta y aclaración a cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos, beneficios y otros asuntos relacionados con la investigación y el tratamiento del sujeto;
- VII. La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio, sin que por ello se creen perjuicios para continuar su cuidado y tratamiento;
- VIII. La seguridad de que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad;
- IX. El compromiso de proporcionarle información actualizada obtenida durante el estudio, aunque esta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando;
- X. La disponibilidad de tratamiento médico y la indemnización a que legalmente tendría derecho, por

parte de la institución de atención a la salud, en el caso de daños que la ameriten, directamente causados por la investigación; y

- XI. Que si existen gastos adicionales, estos serán absorbidos por el presupuesto de la investigación.

Artículo 22.- El consentimiento informado deberá formularse por escrito y deberá reunir los siguientes requisitos:

- I. Será elaborado por el investigador principal, indicando la información señalada en el artículo anterior y de acuerdo a la norma técnica que emita la Secretaría;
- II. Será revisado y, en su caso, aprobado por la comisión de ética de la institución de atención a la salud;
- III. Indicara los nombres y direcciones de dos testigos y la relación que éstos tengan con el sujeto de investigación;
- IV. Deberá ser firmado por dos testigos y por el sujeto de investigación o su representante legal en su caso, si el sujeto de investigación no supiera firmar, imprimirá su huella digital y a su nombre firmará otra persona que él designe; y
- V. Se extenderá por duplicado, quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación o de su representante legal.

Artículo 23.- En el caso de investigaciones con riesgo mínimo, la

comisión de ética, por razones justificadas, podrá autorizar que el consentimiento informado se obtenga sin formularse por escrito y, tratándose de investigaciones sin riesgo, podrá dispensar al investigador la obtención del consentimiento informado.

Artículo 24.- Si existiere algún tipo de dependencia, ascendencia o subordinación del sujeto de investigación hacia el investigador, que le impida otorgar libremente su consentimiento, éste debe ser obtenido por otro miembro del equipo de investigación, completamente independiente de la relación investigador sujeto.

Artículo 25.- Cuando sea necesario determinar la capacidad mental de un individuo para otorgar su consentimiento, el investigador principal deberá evaluar su capacidad de entendimiento, razonamiento, y lógica, de acuerdo a los parámetros aprobados por la comisión de ética.

Artículo 26.- Cuando se presuma que la capacidad mental de un individuo hubiere variado en el tiempo, el consentimiento informado de éste o en su caso de su representante legal, deberá ser avalado por un grupo de profesionales de reconocida capacidad científica y moral en los campos específicos de la investigación, para asegurar la idoneidad del mecanismo de obtención del consentimiento, así como su validez durante el curso de la investigación.

Artículo 27.- Cuando un enfermo psiquiátrico este internado en una institución para ser sujeto a juicio de interdicción, además de cumplir con lo señalado en los artículos anteriores será necesario obtener la aprobación previa de la autoridad que conozca del caso.

Es así como las construcciones sistemáticas de todos aquellos conocimientos y una técnica adecuada a las necesidades sociales y económicas, le imprimen perfiles propios a su naturaleza pública y aún siendo muchas las rectificaciones que deberán hacerse, el análisis y la meditación tienden cada vez más a reafirmar su carácter eminentemente científico, y además en virtud de que dentro del campo del Derecho Procesal Penal, la técnica se encarga del hacer; la ciencia del ser, y aplicado a la figura jurídica que se estudia, ésta contiene tales elementos, es por lo que se dice que tiene un carácter científico.

CAPÍTULO V.

CRÍTICA JURÍDICA DEL PRECEPTO 466 DE LA LEY GENERAL DE SALUD

- A.> ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 466 DE LA LEY GENERAL DE SALUD**
- B.> NECESIDAD DE LEGISLAR EN LA FIGURA JURÍDICA DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL ILÍCITA.**

CAPÍTULO V. CRÍTICA JURÍDICA DEL PRECEPTO 466 DE LA LEY GENERAL DE SALUD.

A.> ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 466 DE LA LEY GENERAL DE SALUD.

Para iniciar el presente capítulo, es necesario transcribir el artículo 466 de la Ley General de Salud, con el objeto de desentrañarlo.

Artículo 466.- Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuere menor de edad o incapaz realice en ella inseminación artificial, se le aplicara 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.

Tal y como ya quedó asentado en capítulos anteriores, donde se dejó claramente analizado todas y cada una de sus partes del artículo 466 de la Ley General de Salud, y tomando en consideración que se trata de un delito especial, que se encuentra inscrito también en una ley especial de carácter federal, requiere de una reglamentación mas precisa, pues la redacción del actual precepto es insuficiente, dejando subsistente una verdadera laguna en nuestro medio jurídico, ya que si bien es cierto que se trata de un delito, inseminar a una mujer sin su consentimiento o transgrediendo las excepciones que marca el mencionado precepto es cierto también, que en su último párrafo, este no preceptúa sanción alguna a la mujer que otorgue su

consentimiento sin la conformidad de su cónyuge, de lo que resultaría violatorio de garantías imponer alguna sanción a tal conducta, por lo que resulta de extrema necesidad legislar al respecto sobre el mencionado párrafo, lo cual se analizara con mayor detenimiento en el inciso que prosigue.

B.> NECESIDAD DE LEGISLAR EN LA FIGURA JURÍDICA DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL ILÍCITA.

En las circunstancias que han quedado asentadas, los tipos especiales de delitos especiales podrían estar localizados de manera particular en una ley especial de donde emana, (o bien quedar insertos en el Código Penal).

Resultaría más lógica la segunda opción, ya que se trata de conductas sancionadas como delitos, éstas deberían estar insertas dentro del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, ya que desde el punto de vista técnico y práctico, es esencial destinar título propio en el Código Penal a los delitos que se encuentran diseminados o dispersos en todas las leyes administrativas siempre y cuando se haga a un lado el feudalismo administrativo podría llegarse fácilmente a un resultado exitoso.

Tal aseveración no se encuentra ilógica, ni tampoco fuera de la realidad, pues si bien es cierto, existe ya un caso ejemplificado, como se puede observar de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, que no incluyó un capítulo de delitos en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, todos los tipos de

delitos que pueden cometer los servidores públicos están incluidos en el capítulo respectivo del Código Penal.

Un dato susceptible de ser apreciado fácilmente, es que los delitos especiales se han desarrollado en México sin orden ni concierto, en ese desarrollo no ha habido planeación general, ni programas específicos por materia, ni reglas uniformes de técnica legislativa ni un área responsable del todo.

El que existan delitos especiales en cuarenta y seis leyes federales y que fuera del Código Penal haya mas del doble de los delitos que los integrados en el mismo, resulta revelador y atemorizante, porque con esto se demuestra hasta que punto puede la regulación jurídica de una materia tener una extensión, una complejidad y una dispersión tan grande que resulta atentatoria contra la seguridad y la justicia, por la dificultad del ciudadano de conocer y de comprender ese universo de normas tan prolífico como irracional.

En tal virtud como es sabido, en el plano legislativo, la Constitución Política, contiene principios fundamentales de carácter penal y que orientan tanto al sistema penal como a las actividades de los órganos estatales en el ejercicio de su poder punitivo, tales principios son los siguientes:

- 1.- El principio de legitimidad.**
- 2.- El principio de legalidad.**
- 3.- El principio de jurisdiccionalidad.**

4.- El principio del bien jurídico.

Tales principios, no siempre son respetados en los capítulos de delitos de las leyes administrativas. Por otra parte la pluralidad de leyes administrativas que contienen capítulos de delitos no constituyen un verdadero sistema de delitos especiales, lo que trae como consecuencia que como conjunto, no es funcional. Además de repeticiones estériles del Código Penal, un gran número de normas que tipifican delitos resultan obsoletas porque no responden a las necesidades actuales ni se adecúan a las concepciones modernas de la ciencia penal, es decir, se da una gran desconexión entre una gran parte de los delitos especiales y las exigencias de la realidad social.

De todo lo anterior, y en el caso específico a estudio, resulta dudoso manifestar que tal precepto se encuentra debidamente estructurado como delito, ya que a todas luces se aprecia que el último párrafo del mencionado artículo 466 de la Ley General de Salud, resulta insuficiente, ya que en México no existe una política criminal de delitos especiales (Inseminación Artificial lícita), por tanto es evidente la necesidad de instrumentarla y desde luego debe estar debidamente estructurada dentro de la política social nacional.

De tal suerte que si tomamos en consideración que los preceptos que regulan la materia penal son de dos clases, las que integran la llamada parte general, y las que constituyen la llamada parte especial.

A "grosso modo" se tratara de sintetizar, las disposiciones que integran la parte general del Código Penal y que son todas las reglas aplicables a los delitos en materia de :

- A.- Espacio Geográfico de la comisión del delito al que se aplicara la ley penal;**
- B.- Definición de delitos y clases de delitos;**
- C.- Responsabilidad Penal y circunstancias excluyentes de responsabilidad;**
- D.- Tentativa;**
- E.- Concurso de delitos;**
- F.- Penas y Medidas de Seguridad y reglas de su aplicación;**
- G.- Ejecución de Sentencias;**
- H.- Reglas relacionadas con la extensión de la responsabilidad penal.**

Y los preceptos que integran la parte especial, describen las conductas punibles y establecen las penas aplicables a cada una de ellas.

El artículo 6° del Código Penal, aplicable en materia federal, establece que: "Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán estos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo.

Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general".

De tal suerte debe considerarse luego entonces, que el Código Penal y los delitos especiales (Inseminación Artificial lícita) constituyen una sola estructura sistemática, pero además cada capítulo de delitos especiales es un subsistema cuya estructura debe ser paralela al sistema y por consiguiente debe tener las mismas finalidades esenciales del Derecho Penal, es decir, alcanzar la institucionalización de los valores sociales y la protección de los bienes jurídicos individuales y colectivos, por medio de la prevención lograda esencialmente por la amenaza del castigo y mediante la represión constituida por la imposición retributiva de la pena.

Por lo que se concluye que las normas que regulan los delitos especiales, deben ser claras y precisas, puesto que como ya se dejó asentado, el artículo 466 de la Ley General de Salud, en su último párrafo, resulta obsoleto que se encuentre ahí, ya que debe legislarse, con el objeto de que sea clara y precisa respecto de las sanciones que debe imponerse, ya que si bien es cierto, se encuentra dicho párrafo inscrito dentro de una conducta calificada como delito, lógicamente deberá ir seguida de la pena que ha de imponersele y no así hacerlo por analogía, ya que como puede observarse, existe una verdadera laguna en la redacción del actual precepto y es necesario que su tramitación abarque todos y cada uno de los aspectos legales y científicos, para que en su oportunidad responda a la realidad que nos plantea la ciencia.

CONCLUSIONES.

- ◆ **La figura jurídica de Inseminación Artificial Ilicita, regulada por el artículo 466 de la Ley General de Salud, contiene ausencia de tipo legal.**
- ◆ **El requisito de procedibilidad en la investigación del delito de Inseminación Artificial Ilicita, para su integración, es la denuncia o acusación, debiendo ser encuadrado dentro de los delitos que se persiguen de oficio por lo que resulta inoperante hablar de delito de querrela.**
- ◆ **La vida humana debe ser absolutamente respetada desde la unión de las dos células germinales en forma artificial. Sin el derecho humano a la vida no podemos hablar de los otros derechos que tendrá el individuo.**
- ◆ **Deben crearse normas de salud e higiene enfocadas a la protección del embrión humano desde nuestra Carta Magna hasta las Leyes Complementarias, para evitar la perdida de ombriones congelados, debiéndose establecer un procedimiento hábil para encontrar instituciones idóneas que protejan y alienten el desarrollo del embrión.**

- ◆ **El ejercicio de la acción penal del delito de Inseminación Artificial Ilícita, corresponde única y exclusivamente al Ministerio Público Federal, con la excepción de sus auxiliares, tal y como se dejó asentado en el capítulo respectivo, lo anterior por lo que hace a la fase de averiguación previa; y serán los Tribunales Federales los que resolverán sobre la situación jurídica del responsable del delito.**
- ◆ **La figura jurídica de Inseminación Artificial Ilícita, contiene todos y cada uno de los elementos jurídicos a que hace referencia la Teoría del Delito, por lo tanto resultaría más apegado a la realidad social si éste se encuentra descrito en el Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, para hacer factible la comprobación de las conductas antisociales.**

- ◆ **El requisito de procedibilidad, en la figura jurídica de Inseminación Artificial Ilícita, para la comprobación tanto de los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad del inculpado, una vez ante el órgano jurisdiccional, debe ajustarse a lo establecido por los artículos 168, 206 y demás relativos del Código Federal de Procedimientos Penales, desde luego no descartando la Supremacía Constitucional.**
- ◆ **La Inseminación Artificial Ilícita, tiene carácter científico, no obstante que no se encuentra dentro del catálogo de delitos (Código Penal), sí tiene una construcción sistemática de conocimientos y técnica propios a su naturaleza intrínseca.**
- ◆ **La determinación de en que momento surge la vida, supera el ámbito individual de la ciencia jurídica, la biología, la medicina, y la genética; pero por el sector de la realidad que analizan y juntas estas ciencias aportan los elementos necesarios e indispensables para realizar una regulación adecuada.**

- ◆ **No existe ningún ordenamiento en nuestra legislación que nos indique cuando se inicia la vida humana, por lo que proponemos sea a partir de la unión de las dos células germinales.**
- ◆ **Existe la necesidad de legislar en lo que se refiere a los llamados delitos especiales y concretamente al denominado Inseminación Artificial Ilícita, con el objeto de eliminar normas generales innecesarias de delitos superfluos y de tipo incorrecto, para finalmente incorporar todos los delitos al Código Penal.**
- ◆ **Para ser titular de un derecho primero hay que existir, por eso el fundamental de los derechos es el de la vida y el embrión antes de ser concebido por vías artificiales tiene vida; tiene ese derecho.**

BIBLIOGRAFÍA.

ANGELES CONTRERAS, Jesus. Compendio de Derecho Penal (Parte General), Textos Universitarios S.A., México, 1986.

CARRANCÁ TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. Código Penal Anotado, edit. Porrúa, México, 1985.

CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, vigésima edición, edit. Porrúa S.A., México, 1985.

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, edit. Porrúa S.A., México, 1986.

CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal, Textos Universitarios S.A., México, 1988.

G. MAGGIORE. Derecho Penal I, edit. Termis, Bogotá 1954.

GARCÍA DOMÍNGUEZ, Miguel Ángel. Los Delitos Especiales Federales, edit. Trillas, México, 1990.

GARCÍA RÁMIREZ, Sergio. y ADATO DE IBARRA, Victoria. Prontuario del Proceso Penal Mexicano, edit. Porrúa, México, 1980.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal, sexta edición, edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1973.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. La antijuricidad, edit. Porrúa, México, 1985.

ORELLA BAZ, Fernando. El Procedimiento Penal en México, Editores Unidos Mexicanos, México, 1993.

OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. La Averiguación Previa, segunda edición, edit. Porrúa, México, 1980.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, tercera edición, edit. Porrúa, México, 1974.

PAVON, Vasconcelos Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, edit. Porrúa, México 1974.

PÉREZ PALMA, Rafael. Guía del Derecho Procesal Civil, edit. Cárdenas, editor y distribuidor, séptima edición, México, 1986.

PIÑA Y PALACIOS. Proceso Penal Mexicano, edit. Porrúa, S.A., México, 1990.

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. Jurisprudencia, Apéndice 1917-1985.

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. Jurisprudencia Cuarta Parte, Tercera Sala, tomo II 1990.

PORTE PETIT, Celestino. Evolución Legislativa Penal en México, edit. Porrúa, México, 1990.

RIVERA SILVA, J. El Procedimiento Penal Mexicano, edit. Porrúa S.A., México, 1984.

RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal, novena edición corregida y aumentada, edit. Porrúa, México, 1978.

Tratado de Derecho Penal I. Madrid 1955, traducido por José Arturo Rodríguez Muñoz.

LEGISLACIONES.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, centésima tercera edición, Editorial Porrúa, México, 1994.

Legislación Penal Procesal. Código Federal de Procedimientos Penales, Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Editorial Sísta S.A. de C.V., México, 1994.

LEY General de Salud, décima edición, Editorial Porrúa, México, 1994.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, cuadragésima quinta edición, Editorial Porrúa, México, 1993.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, cuadragésima quinta edición, Editorial Porrúa, México, 1993.

LEY Orgánica del Poder Judicial de la Federación, México, 1990.

NUEVO Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, quinta edición, Ediciones Delma, México, 1994.

Reglamento Interno de la Procuraduría General de la República.

Reglamento Interno de la Secretaría de Salud.

OTRAS PUBLICACIONES.

COMPTONS Interactive Encyclopedia, Version 2.01 VWF, 1994, Comptons New Media, Inc. and Licensors, for Windows, C.D.

DICCIONARIO ENCICLOPEDICO QUILLET, Editorial Cumbre, S.A de Grolier, doceava edición 1983. México D.F.

MULTIMEDIA Encyclopedia, Version 1 PB, Copyright 1991, 1992, Grolier Inc. Copyright 1987, 1992, Online Computer Systems Inc. Copyright 1991, 1992, The Software Toolworks Inc.

REVISTA DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Reproducción Humana Asistida, Durango, Durango, México, dic. 1991, número 3.

REVISTA GONZÁLEZ TREFIJANO, Pedro. Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el Derecho a la Reproducción Humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida.

REVISTA SILVA RUIZ, Pedro F. El Derecho de Familia y la Inseminación Artificial IN VITRO, México D.F. 1987 t. 37 número 151.