

COMENTARIOS AL TÍTULO SEGUNDO, DEL LIBRO
SEGUNDO, PARTE ESPECIAL, DEL CÓDIGO PENAL
PARA EL DISTRITO FEDERAL: “PROCREACIÓN
ASISTIDA, INSEMINACIÓN ARTIFICIAL
Y MANIPULACIÓN GENÉTICA”

I. Presentación	25
II. ¿Son la procreación asistida, la inseminación artificial y la manipulación genética, materia de un Código Pe- nal local o de la Legislación Sanitaria Federal?	25
III. Legislación actual	27
IV. Procreación asistida, inseminación artificial y mani- pulación genética. Título segundo, del libro segundo parte especial, del Código Penal para el Distrito Fe- deral	28
V. Inseminación artificial	29
VI. Disposición de óvulos o esperma para fines distintos de los autorizados por sus donantes	30
VII. Penalización por falta de consentimiento en la fertili- zación asistida	31
VIII. Manipulación genética	31
IX. ¿El pago de alimentos puede considerarse como repa- ración del daño?	32
X. Conclusiones	33
XI. Bibliografía	34

COMENTARIOS AL TÍTULO SEGUNDO, DEL LIBRO SEGUNDO, PARTE ESPECIAL, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL: “PROCREACIÓN ASISTIDA, INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y MANIPULACIÓN GENÉTICA”

I. PRESENTACIÓN

En el marco de las *Terceras Jornadas sobre Justicia Penal* organizadas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, me permitió presentar a ustedes un análisis de los artículos que se refieren a la procreación asistida y manipulación genética, incluidos en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Debo confesar que la investigación realizada no me permitió llegar a conclusiones concretas. Más bien mi formación de civilista especializada en temas de familia y en años recientes, en diversos aspectos del derecho y la salud, me llevó a plantearme dudas y reflexiones, las cuales quiero, en este espacio, compartir con ustedes.

II. ¿SÍN ON LA PROCREACIÓN ASISTIDA, LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y LA MANIPULACIÓN GENÉTICA, MATERIA DE UN CÓDIGO PENAL LOCAL O DE LA LEGISLACIÓN SANITARIA FEDERAL?

El artículo 4o. constitucional, párrafo tercero, expresa: “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 esta Constitución”.

Esta fracción señala que el Congreso tiene facultad: “Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración, *salubridad general de la República*”.¹

El artículo 122 constitucional, establece en el apartado C, la competencia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal; y en la base primera, fracción C, inciso i), señala expresamente la competencia *en materia de salud*.²

A través de la lectura de estos preceptos constitucionales, queda clara la concurrencia tanto federal, como local en materia de salud. Es la Ley General de Salud, de aplicación en toda la República y cuyas disposiciones son de orden público e interés social, el instrumento que establece las bases y modalidades de esa concurrencia.

La misma ley, en el artículo 3o., determina como materia de salubridad general, el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, células (incluidas las sexuales) y el artículo 13, apartado A, fracción II, señala que esta materia³ le corresponde al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Salud.

Derivados de la Ley General de Salud se han emitido dos reglamentos, el de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos; y el de Investigación para la Salud. Estos tres textos legales emanados del Congreso, de aplicación en toda la República, son los que establecen el marco jurídico actual de fertilización asistida.

Lo anterior, permitiría concluir en una primera consideración que corresponde a la federación regular la parte técnica de la uti-

1 Cursivas nuestras.

2 Cursivas nuestras.

3 El control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, células (incluidas las sexuales).

lización de células, incluidas las sexuales, embriones, la ingeniería genética y fertilización asistida.

La Ley General de Salud de 1984 regula el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología, y el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud de 1987, regula algunos aspectos de la inseminación, aunque reconocemos, de manera incompleta.

El artículo 55 del Reglamento en Materia de Investigación para la Salud, expresa: “Las investigaciones con embriones, óbitos, fetos, nacimientos muertos, materia fetal macerada, células, tejidos y órganos extraídos de éstos, serán realizadas de acuerdo a lo dispuesto en el título decimocuarto — Donación, Trasplante y Pérdida de la vida — de la Ley, y en este Reglamento”.

III. LEGISLACIÓN ACTUAL

La legislación actual establece los principios bajo los cuales se deben realizar las investigaciones encaminadas a la fertilización y a la ingeniería genética.

La Ley General de Salud señala en su artículo 100:

La investigación en seres humanos se desarrollará conforme a las siguientes bases: Deberá adaptarse a los principios científicos y éticos que justifican la investigación médica, especialmente en lo que se refiere a su posible contribución a la solución de problemas de salud y al desarrollo de nuevos campos de la ciencia médica.

El artículo 13 del mismo reglamento en materia de investigación para la salud, expresa: “En toda investigación en la que el ser humano sea sujeto de estudio, deberán prevalecer el criterio del respeto a su dignidad y la protección de sus derechos y bienestar”.

Y el artículo 14: “La investigación que se realice en seres humanos deberá desarrollarse conforme a las siguientes bases: Se ajustará a los principios científicos y éticos que la justifiquen; y

contará con el dictamen favorable de las Comisiones de Investigación, Ética y la de Bioseguridad”.

En cuanto al incumplimiento a estas directrices, la propia Ley General de Salud en el artículo 465, sanciona al profesional técnico o auxiliar de las disciplinas para la salud y, en general, a toda persona relacionada con la práctica médica que realice actos de investigación clínica en seres humanos sin sujetarse a lo previsto en la Ley:

...se le impondrá prisión de uno a ocho años, suspensión en el ejercicio profesional de uno a tres años y multa por el equivalente de cien a dos mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate. Si la conducta se lleva a cabo con menores, incapaces, sujetos privados de la libertad o, en general, con personas que por cualquier circunstancia no pudieran resistirse, la pena que fija el párrafo anterior se aumentará hasta en un tanto más.

IV. PROCREACIÓN ASISTIDA, INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y MANIPULACIÓN GENÉTICA. TÍTULO SEGUNDO, DEL LIBRO SEGUNDO PARTE ESPECIAL, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

El Código Penal comentado contiene un título bajo el rubro antes enunciado. En tanto, el Reglamento en Materia de Investigación para la Salud define en su artículo 40 a la fertilización asistida como aquella en que la inseminación artificial es *homóloga* o *heteróloga* e incluye la fertilización *in vitro*.

De esta definición resulta que el término empleado por una legislación vigente es el de *fertilización* y no el de *procreación*, la doble terminología se presta a confusiones para todo aquel que tenga contacto con los textos. Además, según el texto que se comenta, la *inseminación* con sus dos variantes es una especie de *fertilización*, por lo tanto, con señalar el género *fertilización* no habría porque referirse, además, a la especie *inseminación*, por lo menos en el nombre del título.

Frente a una legislación especializada, como la descrita en párrafos anteriores, elaborada por expertos en ingeniería genética, inseminación y demás prácticas médicas, considero que una legislación penal local posterior debió al menos, tomar en cuenta la terminología empleada por la legislación sanitaria y la descripción y regulación de las prácticas médicas relacionadas con las materias.

V. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

El artículo 150 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal señala:

A quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aun con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, se le impondrán de tres a siete años de prisión. Si la inseminación se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, se impondrá de cinco a catorce años de prisión.

Al parecer, el legislador, desconoció que la conducta descrita ya se encontraba tipificada por la Ley General de Salud en el artículo 466: “Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuera menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo se impondrá prisión de dos a ocho años...”.

De modo que tenemos dos disposiciones semejantes en textos legales diversos y de ámbito territorial distinto, nos preguntamos, ¿Cuando se presente el caso, cuál de las dos disposiciones se aplicará? ¿la Ley General de Salud o el Código Penal para el Distrito Federal?

VI. DISPOSICIÓN DE ÓVULOS O ESPERMA PARA FINES DISTINTOS DE LOS AUTORIZADOS POR SUS DONANTES

El artículo 149 del Código Penal para el Distrito Federal expresa: “A quien disponga de óvulos o esperma para fines distintos de los autorizados por los donantes, se le impondrán de tres a seis años de prisión y de 50 a 500 días de multa”.

El artículo 313 de la Ley General de Salud expresa que corresponde a la Secretaría de Salud “el control sanitario de las donaciones y trasplantes de órganos tejidos y células de seres humanos...” y el 314 define a las células germinales como “las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión”.

Por su parte, el artículo 56 del Reglamento para la Investigación para la Salud señala que: “La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja aun si éste difiere con el del investigador”.

Lo anterior significa que la inseminación artificial es considerada como un procedimiento destinado a remediar un problema de infertilidad o de imposibilidad para la procreación, en ningún caso debe ser utilizada como sustituta de una relación sexual natural y menos aún de utilizarse para fines distintos a la procreación.

Si bien, en este caso las disposiciones no son idénticas, una investigación que no tenga por objeto resolver un problema de infertilidad o que no cuente con los consentimientos informados que la misma Ley General de Salud exige, cuenta ya con una sanción fijada por el mismo texto legal. También en este caso podríamos estar frente a una conducta sancionada por leyes distintas.

VII. PENALIZACIÓN POR FALTA DE CONSENTIMIENTO EN LA FERTILIZACIÓN ASISTIDA

El artículo 151 del nuevo Código Penal señala:

Se impondrá de cuatro a siete años de prisión a quien implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o esperma de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo.

Si el delito se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años.

El artículo 43 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud expresa:

Para la utilización y para la fertilización de embriones, y para la fertilización asistida, se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario de acuerdo a lo estipulado en los artículos 21 y 22 de este reglamento, previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido en su caso.

Las sanciones al incumplimiento a lo señalado en este precepto serían las mismas señaladas en el artículo 465 antes transcritos. Si bien el texto de Código Penal tipifica una conducta concreta, la misma podría encuadrarse en la normativa de la Ley General de Salud.

VIII. MANIPULACIÓN GENÉTICA

El artículo 154 del Código Penal expresa:

Se impondrán de dos a seis años de prisión, inhabilitación, así como suspensión por igual término para desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio, a los que:

- I. Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o raras, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo;
- II. Fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana; y
- III. Creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.

Hay que tomar en cuenta que el término empleado por la legislación de salud es el de *ingeniería genética*, no *manipulación*, pero además, todas las prácticas descritas en este artículo ya quedaron comprendidas en las normas que regulan la investigación para la salud, tanto en la Ley General como en el Reglamento especial.

IX. ¿EL PAGO DE ALIMENTOS PUEDE CONSIDERARSE COMO REPARACIÓN DEL DAÑO?

El artículo 155 del Código Penal señala: “Si resultan hijos a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores, la reparación del daño comprenderá además, el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil”.

Llama la atención la utilización del término “pago de alimentos”, toda vez que el concepto de alimentos proviene del derecho civil. Para esta rama del derecho los alimentos son considerados como aquello que una persona necesita para vivir y comprenden los elementos señalados por el Código de la materia. El fundamento de la obligación alimentaria es el estado de necesidad de una persona que no puede cubrir por sí misma los gastos necesarios para su subsistencia, la posibilidad de otro sujeto de cubrir esas necesidades y de un nexo jurídico entre acreedor y deudor. Generalmente el nexo entre acreedor y deudor es el parentesco, el matrimonio o incluso el divorcio. La obligación de dar alimentos es recíproca, el que los da tiene a su vez el derecho a recibirlas.

En cambio, en el texto que se comenta los alimentos son considerados como una sanción lo cual despierta muchas dudas, por ejemplo, ¿Por cuánto tiempo se otorgará la pensión? ¿dependerá de un estado de necesidad y de una posibilidad?, ¿será vitalicia?, ¿se aplicarán todas la normas relativas a alimentos? Y nos preguntamos por último: ¿no hubiera resultado más congruente establecer una obligación de reparar el daño en cantidad suficiente para garantizar al menor su alimentación y educación y que la madre se pueda dedicar a la atención del menor en la medida que lo vaya requiriendo conforme a su edad? Todo ello sin la necesidad de utilizar el término “pago de alimentos”.

X. CONCLUSIONES

Desconozco la exposición de motivos de la reforma, no sé si previamente se elaboró algún estudio estadístico sobre la frecuencia de casos de fertilización asistida o de ingeniería genética realizada sin el consentimiento de los donantes. En todo caso, creo que éste debió realizarse, sobre todo tomando en cuenta que somos un país que más bien padece de una alta tasa de natalidad y que, por el contrario, los casos de esterilización sin consentimiento de las personas son frecuentes y deben preocupar más a la sociedad.

Considero que los temas tratados en el *Título segundo. Procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética en el Nuevo Código Penal* ya habían sido regulados en la Ley General de Salud y sus Reglamentos de orden federal aplicables en toda la República. Las nuevas disposiciones penales debieron respetar la terminología empleada y la regulación existente sobre la fertilización asistida y la ingeniería genética. Además, la duplicidad de normas, unas sanitarias federales y otras penales locales que regulan y sancionan las mismas conductas, traerá complicaciones de competencia que deberán ser resueltas por los tribunales.

Corresponde a los penalistas dilucidar cuándo las prácticas médicas relacionadas con la ingeniería genética y la fertilización asistida atacan a un bien jurídico que merece ser tutelado por la legislación penal pero, en todo caso, debe existir una correlación a la terminología empleada por las leyes y reglamentos sanitarios y una comunicación con los expertos en legislación sanitaria para no sancionar con penalidades distintas una misma conducta o, en su caso, determinar lo que a cada legislación le corresponde regular y sancionar.

XI. BIBLIOGRAFÍA

Legislación

Código Penal para el Distrito Federal.

Ley General de Salud.

Reglamento en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos, Cadáveres de Seres Humanos.

Reglamento en Materia de Investigación para la Salud.