

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

Ingrid BRENA SESMA *

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *¿Son la procreación asistida, la inseminación artificial y la manipulación genética, materia de un Código Penal local o de la legislación sanitaria federal?* III. *Título segundo: procreación asistida e inseminación artificial y manipulación genética*. IV. *Inseminación artificial*. V. *Disposición de óvulos o esperma para fines distintos de los autorizados por sus donantes*. VI. *Manipulación genética*. VII. *Artículo 155 del Código Penal*. VIII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

En el marco de las Terceras Jornadas sobre Justicia Penal organizadas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, analizaré 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 especializadas en temas de familia y en años recientes en diversos aspectos del derecho y la salud, me llevó a plantearme dudas y reflexiones, que quiero, en este espacio, compartir con ustedes.

* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

II. ¿SON 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 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 disposición 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”.

En uso de las facultades concedidas, el Congreso de la Unión aprobó como ley reglamentaria del 4o. constitucional, la Ley General de Salud, de aplicación en toda la República. En términos de este texto legal es materia de salubridad general la coordinación de la investigación para la salud y el control de ésta en seres humanos.

Derivados de la misma Ley se publicaron los Reglamentos en Materia de Investigación para la Salud y en Materia de Control Sanitario de la Disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos. Ambos textos, en sus primeros artículos, determinan su aplicación en todo el territorio nacional y que sus disposiciones son de orden público e interés social.

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”.

Lo anterior, permitiría concluir en una primera consideración que corresponde a la Ley General de Salud y a sus reglamentos regular la parte técnica de la utilización de células, incluidas las sexuales, embriones, la ingeniería genética y fertilización asistida.

De hecho esta legislación 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 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 de estos lineamientos, la Ley General de Salud en su 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.

Por tratarse de una legislación especializada, elaborada por expertos en las materias, considero que una legislación penal local posterior debió respetar la terminología empleada por la legislación sanitaria y la descripción y regulación de las prácticas médicas relacionadas con las materias.

III. TÍTULO SEGUNDO: PROCREACIÓN ASISTIDA E INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y MANIPULACIÓN GENÉTICA

El reglamento en materia de investigación para la salud define, en su artículo 40, 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. Además, según el texto que se comenta, la inseminación con sus dos variantes es una especie de la fertilización, por lo tanto, con señalar el género no habría porque referirse, además, a la especie, por lo menos en el nombre del título.

IV. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

El artículo 150 del nuevo Código Penal señala:

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

Esta conducta ya se encontraba tipificada por la Ley General de Salud en el artículo 466: “Al que sin consentimiento de una mujer o aún 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...”.

Tenemos dos disposiciones semejantes en textos legales diversos, 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.

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

El artículo 149 del Código Penal 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 artículo 314 define

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 este 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 aun 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. Por otro lado, 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 con 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 de lo señalado en este precepto serán las mismas señaladas en el artículo 465 antes transcrito. Si bien el

texto de Código penal tipifica una conducta concreta, la misma podría encuadrarse en la normativa de la Ley General de Salud.

VI. 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 taras, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo; II. Fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana, y III. Creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.

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.

VII. ARTÍCULO 155 DEL CÓDIGO PENAL

En este artículo se 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 recibirlos.

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 las 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 “pensión alimenticia”.

VIII. CONCLUSIONES

No conozco 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 padece de una alta tasa de natalidad y que los casos de esterilización sin consentimiento de las personas son frecuentes.

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 de 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 un bien jurídico que merece ser tutelado por la legislación penal, pero, en todo caso, debe existir una correlación 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.