

00721
747
1



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

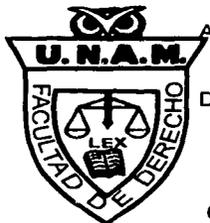
**“LA NECESIDAD DE REFORMAR LA FRACCION
XX DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA
EL DISTRITO FEDERAL”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTA

LUIS GERARDO REYES MARTINEZ



ASESOR DE TESIS: LIC. FELIPE HERNANDEZ CHAMU

DR. IVAN LAGUNES PEREZ

DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO CIVIL UNAM

CD. UNIVERSITARIA

OCTUBRE DEL 2003



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico a internet el contenido de mi trabajo profesional.

NOMBRE: Luis Gerardo Reyes Martínez
FECHA: 01/11/2003
FIRMA: [Firma]

A LA UNAM:

Máxima casa de estudios, que me brindó los elementos para forjarme como profesionista y servir a la sociedad.

A MI PAIS:

A quien he consagrado mi vida y dedicación y del cual me siento orgulloso de ser Mexicano.

A MI ESPOSA:

Motivo fundamental de mis logros con especial reconocimiento por tu apoyo, consejos y fortaleza en cada empresa y por tu entrega incondicional.

A MIS PADRES Y HERMANOS:

Con gratitud y cariño, como recompensa a sus sacrificios y esfuerzos, por brindarme su ayuda incondicional.

A MIS AMIGOS Y COLEGAS:

Con aprecio por su valiosa e incondicional amistad que nos unió a lo largo de la carrera y especial reconocimiento a Brutus Reyes Mastines, Lic. Antonio López Bolaños, Lic. Alfredo Antonio Gutiérrez Ortiz Mena, Lic. Luis Eduardo Navarajo Espinosa, Lic. Asdrúbal Arion Díaz Becraft.

A LOS TOPOS DE MEXICO:

Quienes me forjaron el carácter y con quienes aprendí el valor y significado de servir al ser humano y a mi Patria.

IN MEMORIAM:

De mis Abuelos con amor, del Teniente Kavik Tardiff James y en especial de Zeus Reyes Mastines quien me enseñó que la vida se vive con plenitud cuando se brinda felicidad a los demás.

A MI ASESOR:

LIC. Felipe Hernández Chamú:

Gracias a sus atinados consejos y sabios comentarios que hicieron posible la realización del mismo.

Al Dr. Iván Lagunes Pérez:

Mi más profundo agradecimiento y admiración por su valiosa colaboración profesional, por su ayuda y asesoría en la orientación y elaboración de este trabajo.

“LA NECESIDAD DE REFORMAR LA FRACCIÓN XX DEL ARTÍCULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL”

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1

CONCEPTOS JURÍDICOS Y MÉDICOS RELACIONADOS CON NUESTRO TEMA

- 1. Causal de Divorcio.....5
- 2. La fertilidad. 16
- 3. La esterilidad. 21
- 4. Los métodos de fecundación asistida.....26

CAPÍTULO 2

PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA FRACCIÓN XX DEL ARTÍCULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

- 1. Exposición de motivos de la fracción XX.....42
- 2. Regulación actual.54
- 3. Omisiones del texto de la fracción XX.56

CAPÍTULO 3

LOS MÉTODOS DE FECUNDACIÓN ASISTIDA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

- 1. Los métodos de fecundación asistida en la actualidad.....62
- 2. Importancia del consentimiento del cónyuge en los métodos de fecundación asistida. 71
- 3. El espaciamiento de los hijos como garantía individual.....79
- 4. Omisiones de la norma en el Código Civil para el Distrito Federal.....92
- 5. Comentarios a los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto.....93

CAPÍTULO 4
LA NECESIDAD DE REFORMAR LA FRACCIÓN XX DEL ARTÍCULO
267 PARA QUE SE CONSTITUYA COMO CAUSAL DE DIVORCIO

1. Planteamiento del problema que encierra la fracción XX.....99
2. Solución del sustentante a esta problemática. 104
3. Justificación y demostración de nuestra propuesta. 105
4. Texto de la reforma a la fracción XX del artículo 267 para que se
constituya como causal de divorcio.....114

CONCLUSIONES116
BIBLIOGRAFÍA.....119

INTRODUCCIÓN

El trabajo de tesis que presentamos a su siempre atinada consideración, tiene como propósito, que la fracción XX, del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, esté redactada fundada y motivada adecuadamente, para que ésta pueda invocarse como causal de divorcio y sobre todo que el juzgador la conceda, cuando contenga los requisitos necesarios para tal propósito, como es, la falta de consentimiento de los cónyuges.

Lo anterior se presenta ante la falta de una legislación especial, acorde con los avances científicos, que regule la reproducción asistida y las demás figuras jurídicas que con ella están relacionadas, como son el derecho penal, el matrimonio, la afiliación y el divorcio, siendo este último sobre el que versa el presente trabajo de investigación.

Es de vital importancia dicha regulación, ya que como se ha mencionado, la tecnología médica para la fecundación asistida ya está en práctica en varios países, incluso aquí en México ya hay personas que la han utilizado como método terapéutico para tener hijos ante la imposibilidad física de uno o de ambos cónyuges de procrear de manera natural. Por lo tanto, creemos que la práctica de la fecundación asistida se incrementará en nuestro país, y por lo mismo los cambios en nuestra legislación civil deben darse a la par.

Es por ello que es inevitable y necesario regular en el Código Civil del Distrito Federal, la reproducción asistida y sus implicaciones legales, que en consecuencia traerá consigo, principalmente en lo que se refiere a la causal de divorcio, ya que de esta forma se evitarán problemas presentes y futuros que se le manifiesten a los juzgadores, relacionados con los derechos hereditarios de los hijos concebidos por reproducción asistida, respecto de sus padres legales y naturales, e invocarse y concederse cuando no haya otorgado el consentimiento del o los cónyuges.

Debido a que la utilización de los métodos de la fecundación asistida es ya un hecho, y que el uso de los mismos es una cuestión de mucha polémica, y que por lo mismo trae consigo implicaciones de tipo religioso, morales y éticas. Los puntos de vista a que hacemos referencia en el presente trabajo, se hacen respetando los principios religiosos, morales y éticos de la sociedad mexicana, es decir, se tratará de no violentarlos, ya que como sabemos, en México existe la libertad de creencias y la mayoría de los mexicanos somos creyentes.

MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.

El método que se utilizó en este trabajo fue del inductivo al deductivo, apoyándonos en material bibliográfico especializado en la materia, así como fuentes hemerográficas y páginas de Internet.

CAPÍTULO 1

CONCEPTOS JURÍDICOS Y MÉDICOS RELACIONADOS CON NUESTRO TEMA

Los avances y descubrimiento en el campo de la Biología, nos colocan ante hechos que se proyectan en el aspecto jurídico, por lo cual tienen que ser iluminados por la moral.

Los avances técnicos en materia de inseminación y fecundación artificial han creado situaciones que no se encuentran reguladas suficientemente en la actualidad, existiendo todavía algunas lagunas en la ley.

Como venimos diciendo, la ciencia avanza y con esto se va generando la necesidad de regular y reglamentar las relaciones humanas para dar respuesta a estas necesidades que se van dando día con día, ya que si recordamos el derecho es el encargado de regular las relaciones interpersonales que se van dando dentro de una sociedad determinada, y por lo tanto debe de preocuparse de la inseminación artificial, ya que es un avance al que hemos llegado y en nuestros días es utilizado; en la práctica a diferencia de otras épocas que se tenía conocimiento como podría realizarse y de hecho se empezaba a practicar con algunos animales, pero no se imaginaban hacerlo con el ser humano como ahora. Es deber de nuestros legisladores estudiarla y hacer los cambios correspondientes dentro de nuestras leyes para evitar que las partes que intervienen en este proceso y de las cuales hablaremos más adelante entren en conflictos.

“Los antecedentes que encontramos en esta materia, los enfocamos a partir de los Siglos XIX y XX. Se cree que los primeros que intentaron realizarla fueron

Malpighi y Bibiena en 1600, pero fracasaron. Más tarde en 1725 Jacobi y posteriormente Welteim obtuvieron la primera fecundación artificial de los huevos de un Salmón y una Trucha; más tarde en 1725 el sueco Cleck estudió la araña macho que depositaba su semen en una tela, luego recoge con sus jeringuillas naturales y busca a la hembra para que tenga descendencia; ya en 1785 Thouret logró fecundar a una mujer estéril, mediante una inyección intravaginal de líquido seminal recogido en una jeringa de estaño. Mariom Sims en 1866 obtuvo un solo logro de 55 intentos, inyectando directamente el esperma en el útero; en 1884 Dancoast realizó la primera inseminación heteróloga, desde entonces el método fecundante ha ido difundiéndose lentamente superando al restringido ambiente pionerístico.¹

En el Siglo XIX sólo se encuentran casos aislados de aplicación ginecológica del método. Se cita entre otros al americano Mariom Sims, al inglés Sir Everett Millars, al ruso Linderman, y a los franceses Girault y Repiquett.

Al comenzar el Siglo XX, empieza la propagación de la práctica de la inseminación artificial en la mujer, sobre todo en los países anglosajones. En un principio los casos son raros. "Así según las estadísticas publicadas por Roelher, en 1911 figuran 65, de los cuales solo 21 fueron realizados con éxito. En 1927 un estudio parecido efectuado en Francia consigna 88 casos, entre los cuales se obtiene un resultado favorable, durante la Segunda Guerra Mundial según Saimor y Keimor en 1941 acelera a 4580 casos humanos el empleo de este método."²

¹ HURTADO OLIVER, Xavier. El Derecho a la Vida y a la Muerte?. 2ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000. p. 13.

² *Ibidem*. p. 14.

La técnica y mejores conocimientos científicos, han permitido realizar a últimas fechas la fecundación artificial in vitro. "Así en 1978 todo el mundo se enteró de la noticia del nacimiento de Louise Brown en Inglaterra, siendo con esto la primera mujer en ser concebida fuera de la matriz de la madre, fecundando previamente el óvulo de ella con los espermatozoides del esposo y dándose con esto la primera fecundación in vitro para posteriormente reimplantar el óvulo fecundado en el seno de la madre para los nueve meses de gestación. El 14 de enero de 1979 nació el primer varón de probeta en Glasgow, Escocia, siendo bautizado con el nombre de Eliaster Montgomery."³

Los países que han legislado al respecto son Suecia y España; el primer país tiene una legislación sobre inseminación artificial desde 1985, se considera que es una medida ginecóloga para remediar la falta involuntaria de hijos en la pareja y es permitida tanto en el matrimonio como en las mujeres que viven en condiciones similares al matrimonio (concubinato).

Los padres de un niño engendrado por inseminación artificial heteróloga se encuentran en similares condiciones que un adoptado, en estos casos regularmente uno de los padres no es el progenitor biológico del niño. Esta legislación establece que si el hombre ha consentido que se insemine con espermatozoides de un donante, es considerado como el padre legal del niño y nunca podrá declinar de esa responsabilidad por aquél.

³ QUINTERO MONASTERIOS, Rubén. Inseminación Artificial. 3ª edición, Edit. Porrúa, México, 2001. p. 36.

Este método no es permitido en las mujeres que viven solas o en relación lésbica. Estas normas son basadas en atención al bien del niño, pues psiquiatras y psicólogos infantiles señalan que un niño requiere tanto la figura de un padre como de una madre.

La ley deja a la decisión del médico la responsabilidad de elección de los donantes, debiendo hacer todas las averiguaciones necesarias, sólo se permite que se realice en hospitales públicos bajo la supervisión de un médico Titulado con especialización en Ginecología y Obstetricia. Los datos anotados del donante no pueden ser entregados a los padres del niño ni a otra persona ajena a ellos.

En España, la ley 35/988 del 22 de noviembre de 1989, contiene disposiciones sobre técnicas de reproducción asistida las cuales son realizadas por mujeres que son mayores de edad y se encuentran en buen estado de salud psicofísica, que consciente y libremente hubieren solicitado el procedimiento además de haber sido informados sobre él (artículo 2). El tercer capítulo de esta ley referida habla de los donantes. La donación se establece como un contrato entre el donante y el centro autorizado (artículo 5), según ésta, la donación nunca podrá tener un carácter lucrativo o comercial y los datos de la identidad del donante al igual que el derecho sueco no puede ser revelados y se custodian bajo el más estricto secreto y clave de los bancos respectivos y en el registro nacional de donantes; pero los hijos nacidos de éstos, tienen derechos por sí mismos o sus representantes legales a obtener información general sobre ellos no incluyendo la identidad, el mismo derecho corresponde a las receptoras de gametos.

En relación a la posibilidad de fecundación después de muerto el varón, la ley previene como principio que no podrá determinarse legalmente la filiación y reconocerse los efectos de relación jurídica alguna entre el hijo nacido y el marido fallecido; cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón, sin embargo, se agrega que su material reproductor puede ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento siempre y cuando este lo consintiera a través de una escritura pública o testamento, produciéndose en este caso los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

Debemos observar que en nuestra legislación no aparece reglamentación alguna en el Código Civil ni en el Penal. De aquí que surja la necesidad de legislar sobre este proceso que hemos venido planteando en materia de concepción artificial.

A efecto de precisar y tener una idea acorde con lo que se pretende demostrar, vamos a continuación a señalar los conceptos que tienen estrecha relación con nuestro tema.

1. Causal de Divorcio

Cuando la pareja ha optado por legalizar su unión y ha contraído matrimonio, y se produce la ruptura del vínculo afectivo y sentimental en términos

tales que le fuerza a una separación inevitable, es natural que el hombre y/o la mujer deseen y busquen poner término a la unión legal que el matrimonio importa.

Para alcanzar ese fin hay un camino expresamente previsto casi sin excepción en todas las legislaciones del mundo actual y de épocas anteriores, que es el divorcio vincular. O sea, la disolución del matrimonio por una causa sobreviniente a la celebración y que no sea la muerte de uno de ellos.

“El divorcio no es tema de interés jurídico, en cuanto a su existencia. Como ya se dijo, es tan viejo como el mundo o, al menos, como el matrimonio. Desde que éste se institucionalizó, otro tanto ocurrió con el divorcio. Y no ha podido ser de otra manera, ya que, como también ha quedado explicado, la ruptura de la pareja suele producirse, y ha sido así desde tiempos inmemoriales.”⁴ En estas circunstancias, y en el entendido de que nadie aplaude esa ruptura, pero que es un hecho de la vida real cuya existencia es imposible negar, debe aceptarse la posibilidad de disolver un vínculo que, si se mantiene por la fuerza y en contra de la voluntad de los atados por él, sólo da origen a problemas y dificultades que pesan por igual sobre la pareja y la prole común, y que, por lo mismo, afectan al tejido social.

De manera que tiene interés la investigación y discusión de diversos e interesantes aspectos del divorcio, como los relativos a sus causales, a sus efectos y a las medidas de protección de los hijos menores, pero no lo tiene que discutir acerca de su existencia.

⁴ PÉREZ ANDA, Augusto. Estudio sobre el Divorcio. 2ª edición, Edit. Casa de la Cultura Ecuatoriana, Ecuador, 1999. p. 121.

Sobre este punto no solamente hay unanimidad desde un ángulo jurídico y legislativo, sino también en los campos de la filosofía, de la sociología y de la moral. En efecto, no hay voces discrepantes acerca de la conveniencia del divorcio como un mal menor frente a la ruptura definitiva del vínculo entre el hombre y la mujer. El mal mayor es, sin duda, el mantenimiento forzado de un vínculo legal que ya no corresponde a la realidad sino que se contradice con ella.

El derecho de hoy y las distintas tendencias filosóficas, sociológicas y morales, así como las diversas religiones, aceptan la legitimidad del divorcio.

Primero, fue el simple y primitivo repudio de la mujer por el marido, discriminatorio y desigual.

Más adelante, el divorcio-sanción, que contempla como causales de disolución solamente los hechos imputables a culpa de uno de los cónyuges, invocados por la parte inocente, y estatuido con el objeto de castigar al responsable, mediante la disolución.

Las causales más utilizadas eran el adulterio, la sevicia, el abandono del hogar, la comisión de un delito en contra de los bienes, la honra o la vida del otro cónyuge y la enfermedad grave, incurable y contagiosa.

A fines del Siglo XX y a comienzos del actual surge el divorcio remedio, que da lugar a la disolución por motivos que tornan imposible la vida en común, sean o no culpa de uno de los cónyuges, y no con la finalidad de aplicar castigo, sino de solucionar una situación de graves consecuencias sociales y familiares.

Se supera, pues, la idea de que el divorcio debe tener un carácter punitivo para el cónyuge considerado culpable. Se piensa que la familia y el matrimonio son piezas demasiado fundamentales en la organización social como para continuar creyendo que la disolución matrimonial pueda ser un medio de castigar a uno de los cónyuges. La felicidad de una pareja, la salud moral, física e intelectual de la prole y, por ende, la estabilidad de una célula de la sociedad, no pueden quedar subordinadas ni postpuestas por la sanción al marido o a la mujer.

Al mismo tiempo, surge el convencimiento de que, desde un punto de vista científico-psicológico, es difícil y muy excepcional que el marido o la mujer, que a menudo son también padres, tengan un determinado comportamiento en la vida conyugal como mera consecuencia de maldad o bondad y que, por lo tanto, merezcan un castigo o un premio. "El matrimonio se asienta en la relación amorosa entre un hombre y una mujer con todas sus derivaciones sentimentales y sexuales, siempre complejas. Si a ello se agrega la responsabilidad que para todo ser normal importan la paternidad y la maternidad, fácil es comprender que los factores que intervienen y determinan las actitudes de uno y otro cónyuge, capaces de poner en peligro la convivencia, están marcados por sutiles y complicados mecanismos psíquicos, sexuales y emocionales, frente a los cuales es difícilísimo hablar de culpa de éste o aquél."⁵

Los hechos que comúnmente han constituido las causales tradicionales y clásicas del divorcio-sanción, son casi siempre la exteriorización de un estado de cosas que los han originado. Son un síntoma de un quiebre y no la causa de él. El

⁵ Ibidem, p. 122.

adulterio o la sevicia, por ejemplo, no generan una ruptura entre marido y mujer, sino que se producen como resultado de circunstancias que los desencadenan. En otros casos, esos mismos hechos pueden ser expresiones de conductas circunstanciales, de desavenencias que no alteran la vinculación íntima entre marido y mujer, como no sea para las recriminaciones y perdones de rigor. Desde tiempos inmemoriales, el adulterio ha sido con frecuencia ignorado por el otro cónyuge o ha provocado fisuras que terminan en amable reconciliación.

Quizás contribuyó a esta pasividad el hecho de que la interpretación jurisprudencial fue muy liberal, y dio cabida, dentro de determinadas causales, a hechos que sólo podían ser incluidos con gran imaginación. “En Francia, por ejemplo, se entendió que la causal de excesos, sevicias e injurias graves era comprensiva de actos como embriaguez habitual y pública, hábito de juego que compromete la dignidad, abstención persistente del deber conyugal, tentativa de adulterio o simples ligerezas de conducta.”⁶

Además, esta interpretación dio cabida a hábiles maniobras que, de hecho, llevaron a un original mutuo disenso.

Así, era frecuente que se conviniera el envío de una carta injuriosa por uno de los cónyuges al otro, para iniciar enseguida la demanda de divorcio correspondiente; o bien, en forma más elegante, que uno de los cónyuges demandase el divorcio invocando la causal de adulterio u otro hecho tan grave

⁶ LECLERQ, Jacques. La Familia. 3ª edición, Edit. Herder. España, 2000. p. 227.

como éste, que ni siquiera se trataba de probar, de manera que la acción no prosperase. Desechada la demanda, el cónyuge agraviado por ella y por la imputación del hecho falso, iniciaba una nueva acción de divorcio por injuria grave, basado en que la anterior era sin duda injuriosa. Con el solo mérito de ese libelo y de la sentencia, se obtenía el divorcio.

Algo semejante ocurrió en Alemania, Inglaterra y Estados Unidos, donde no se aceptaba el divorcio sino por causales específicas, en la inmensa mayoría de los casos típicos del divorcio-sanción. "Pero como en Francia, la imaginación de la jurisprudencia atenuó la gravedad del problema. En Estados Unidos se falló que constituye crueldad mental el hecho de que un cónyuge lea hasta tarde con la luz encendida y, también como en Francia, se inventaban y probaban causales inexistentes en juicios prefabricados."⁷

Parecido era el panorama en los países de nuestro continente, con la diferencia claramente favorable a su sistema jurídico, de que la mayoría de las legislaciones aceptaba, a más de las cuales específicas, el divorcio por mutuo consentimiento. Recordemos también que la ley uruguaya concedía y concede, además, el divorcio por voluntad unilateral de la mujer.

Dentro de la concepción de un divorcio basado exclusivamente en causales específicas señaladas por la ley, no hay salida para un distanciamiento de la pareja producido a través de un proceso desarrollado en un lapso de tiempo más o menos largo. No ha existido ninguno de los hechos odiosos que configuran las causales,

⁷ Ibidem. p. 228.

pero el quiebre es igualmente profundo y a veces mayor que el provocado en casos de malos tratos, adulterio o abandono. Se fuerza, así, a las partes a inventar una causa y a probarla torcidamente, cuando no existe la de mutuo disenso. E incluso en las legislaciones en que ésta ha sido incluida, no siempre es solución de dificultades. La parte que tiene menos interés en la disolución suele hacer exigencias excesivas e injustas para dar su conformidad. Ello es inmoral e inconveniente.

A manera de resumen, podemos decir que, la palabra divorcio proviene del latín *divortium* que significa “disolución del matrimonio y del verbo *divertere*, irse cada quien por su camino.”⁸

Ya disuelto el vínculo, los cónyuges se encuentran en aptitud de contraer otro, siempre y cuando dejen pasar un lapso de tiempo.

En el lenguaje común y corriente, contiene la idea de separación. En sentido jurídico, significa extinción de la vida conyugal, declarada por una autoridad competente.

Ignacio Galindo Garfias, menciona que el divorcio: “es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la Ley.”⁹ Nuestro

⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. T. D-H. 10ª edición, Edit. UNAM-Porrúa, México, 2001. p. 1584.

⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000. p. 598.

Código Civil, define al divorcio en los siguientes términos, en el primer párrafo del artículo 266.

“Artículo 266.- El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.”

Por lo regular las causales de divorcio, se invocan en el divorcio necesario y, esta clase de divorcio procede cuando uno de los cónyuges lo solicita ante el Juez de Primera Instancia, por haber incurrido su consorte en una o varias de las causas señaladas en el Artículo 267 del Código Civil vigente. En este caso, no importa que los cónyuges sean mayores o menores de edad; la duración del matrimonio ni el hecho de que tengan o no hijos, puesto que los fines del matrimonio ya no son susceptibles de realización.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal contiene en su artículo 267 la enumeración de las causales de divorcio. Establece dicho precepto lo siguiente:

“Artículo 267.- Son causales de divorcio:

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;
- II. El hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia;
- III. La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando él mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con

el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él;

- IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito;
- V. La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;
- VI. Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada;
- VII. Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo;
- VIII. La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses;
- IX. La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos;
- X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que proceda la declaración de ausencia;
- XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, o para los hijos;

- XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los Procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia, ejecutoriada en el caso del artículo 168;
- XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;
- XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;
- XV. El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;
- XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;
- XVII. La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en este Código;
- XVIII. El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar;

- XIX. El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;
- XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge; y
- XXI. Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de este Código;

La anterior enumeración de las causales de divorcio, es de carácter limitativo; por tanto, cada causal es de naturaleza autónoma."

Las causas de divorcio como ya dijimos, pueden derivar de culpa de uno o de ambos de los consortes o provenir de otras razones, en las que no puede imputarse culpa a ninguno de ellos.

El artículo 267 del Código Civil incluye entre las causas de divorcio, unas, que operan de modo absoluto, sin sujeción a condición alguna, en tanto que otras, sólo dan lugar al divorcio, si se encuentran condicionadas por ciertas circunstancias que perturban gravemente la armonía conyugal. En estos casos el derecho deja a la estimación del juez, la calificación de la gravedad de la causa.

Además del divorcio vincular el Código Civil autoriza un tipo de divorcio no vincular cuando, por enfermedad de uno de los cónyuges, permite al cónyuge sano optar bien por una mera separación de cuerpos, en la cual, subsisten las demás

obligaciones creadas por el vínculo matrimonial, con excepción de la obligación de cohabitar con el cónyuge enfermo. Se trata de una verdadera dispensa de la vida en común.

2. La Fertilidad

El ser humano puede reproducirse de manera natural, por la cópula o artificial, mediante la inseminación; en cualquiera de las dos formas existe fecundación, lo que cambia, es el mecanismo mediante el cual el óvulo se fertiliza.

La fertilidad o fecundidad. Es la capacidad biológica de reproducirse de cualquier especie animal y por ende, del ser humano. El hombre y la mujer poseen la característica de la reproducción desde etapas embrionarias, pero ésta, entra en acción hasta la pubescencia en un complejo proceso, el de la fertilidad.

Lo anterior, tiene relación con la pubescencia o pubertad, "que es un acontecimiento de la especie humana que comparte con otras especies animales, consistente en un complejo proceso biológico, que cumple con dos objetivos:

- a) El desarrollo y maduración de los aparatos sexual y reproductor para posibilitar la realización de las funciones sexual y reproductiva.
- b) Completar y concluir la diferenciación sexual, con los caracteres sexuales secundarios."¹⁰

¹⁰ Enciclopedia Médica del Hogar. 12ª edición, Edit. Salvat, México, 2001. p. 83.

Antes del inicio de este ciclo, se está en etapa de prepubescencia.

“La pubertad comienza cuando el cerebro, y más en concreto el hipotálamo y la hipófisis, comienzan a dar órdenes a las gónadas (testículos y ovarios) para que aumenten la producción de hormonas sexuales. El hipotálamo actúa sobre la hipófisis (glándula situada en la base del cerebro) desencadenando la liberación de hormonas que estimulan a las gónadas para que secreten grandes cantidades de hormonas sexuales que, a su vez, impulsan el crecimiento de los caracteres sexuales primarios y secundarios.”¹¹

En la mujer, entre los 8 y los 14 años, los ovarios empiezan a producir estrógenos (hormonas sexuales femeninas) y las glándulas suprarrenales producen andrógenos (hormonas sexuales masculinas); se inicia la maduración de un oocito por mes, para convertirse en óvulo y desprenderse del ovario. “El folículo que contiene al óvulo, al quedar vacío se convierte en una estructura amarilla (cuerpo amarillo) que produce progesterona. El ciclo reproductivo de la mujer es limitado, sólo maduran unos 400 óvulos en el mismo número de ciclos reproductivos, después sobrevendrá la menopausia y la esterilidad.”¹²

Como consecuencia de los procesos anteriores, se presentan primero los cambios de los caracteres sexuales primarios: La vagina, el útero, la pelvis y los senos aumentan de tamaño y presentan cambios que los preparan para el embarazo y el parto. Estos cambios se inician antes de la menarquia o primera menstruación y de que los adultos que la rodean y la misma niña se percaten de que ya ha iniciado el proceso puberal.

¹¹ Ibidem. p. 84.

¹² ZARATE TREVIÑO, Arturo. Ginecología. 2ª edición, Edit. Diana, México, 1999. p. 286.

Posteriormente, viene la aparición de los caracteres sexuales secundarios: franco crecimiento de los senos, aumento de grasa en caderas, nalgas, brazos y muslos, salida de vello grueso en las axilas, monte de Venus y grandes labios y crecimiento de la vulva. Hay flujo vaginal por el incremento de secreciones.

La menarquia puede producirse cuando ya hay ovulación, pero pudiera presentarse ésta cuando aún no concluye el proceso de maduración de ningún óvulo. La menarquia se presenta en diferentes formas: en algunas niñas aparece de repente y se instala regularmente en su organismo; en otras puede haber un sangrado un mes y otro hasta varios meses después y así sucesivamente, antes de iniciarse sus períodos regulares. Algunas púberes sufren diferentes trastornos previos a la menstruación o durante ésta, en cambio, otras, no sienten absolutamente nada.

En el hombre, la pubertad empieza a mayor edad que en la mujer, entre los 10 y los 17 años, y al igual que ésta se inicia con la activación de procesos cerebrales y hormonales. “Básicamente la hormona luteinizante en el hombre estimula las células intersticiales (HECI: hormona estimulante de las células intersticiales) para que empiecen a producir un andrógeno llamado testosterona.”¹³

“Con el aumento en la secreción del HEF durante la pubertad, las células germinales del epitelio de los tubos seminíferos de los testículos empiezan a dividirse y diferenciarse en espermatozoides maduros.”¹⁴

¹³ Ibidem. p. 287.

¹⁴ SOBREROS, Aquiles. Conociendo nuestro cuerpo. 6ª edición, Edit. Diana, México, 2000. p. 181.

Los órganos reproductores internos aumentan en su tamaño y en el volumen de sus secreciones. En el hombre, el proceso de fertilidad no es cíclico como en la mujer, los testículos, una vez regularizada la maduración de espermatozoides (espermatogénesis), seguirán produciéndolos continuamente durante toda su vida.

Al igual que la mujer, los cambios internos, empiezan uno o dos años antes que se evidencien los caracteres sexuales secundarios. En el hombre hay un crecimiento corporal brusco y en ocasiones desproporcionado, sobre todo de hombros y caja torácica. Los testículos y el pene crecen y cambian su color; aparece vello primero en la base del pene y en las axilas y después empieza a salir bigote, barba y, en algunos, vello en tórax, piernas y brazos. Crece la laringe y ello provoca cambio en el tono de voz. Hay mayor secreción de las glándulas sebáceas y sudoríparas.

“Las poluciones nocturnas o sueños húmedos son emisiones de líquido seminal que se producen estando el púber dormido, no responden necesariamente a sueños eróticos, y tampoco contienen necesariamente espermatozoides.”¹⁵

La aparición de la pubertad y las características de los cambios que se efectúan durante la misma en hombre y mujer, no sólo están determinados por procesos fisiológicos, sino por factores hereditarios, raciales, alimenticios y ambientales, entre otros, que pueden hacer variar grandemente, no sólo la edad de aparición y conclusión del proceso, sino la naturaleza de los caracteres sexuales secundarios, como el que, a la misma edad, una niña tenga senos o caderas grandes

¹⁵ Ibidem. p. 182.

y otra pequeños, o un joven sea de complexión robusta y barba cerrada y otro delgado y lampiño.

"La pubertad termina cuando ha concluido el desarrollo y maduración de funciones de todos los órganos, el crecimiento óseo y la aparición de los caracteres sexuales secundarios, lo que en la mujer sucede en torno a los 18 años y en el hombre a los 20, en este momento, ambos sexos se encuentran en óptimas condiciones físicas para realizar una vida sexual activa y para procrear. La determinación de la conclusión de la pubertad es aún más difícil que la de su inicio."¹⁶

El otro extremo de la pubertad se encuentra en la menopausia que, como la primera, se presenta de manera diferente en cada mujer. A algunas se les suspende la menstruación de golpe sin nada que le anteceda o le suceda; para otras es un proceso que se les presenta a intervalos y la menstruación aparece y desaparece antes de cesar definitivamente. También en esta etapa hay mujeres que reportan dolores y malestares y otras que no experimenten ninguna molestia.

Independientemente del proceso hormonal y de los trastornos naturales que éste conlleva, existe un condicionamiento (imposición) social en la mujer con respecto a su función reproductiva; el mito de la maternidad, el instinto maternal se ve severamente afectado por la menopausia en un gran número de mujeres que consideran concluida su vida como tales al cesar su función reproductiva.

¹⁶ Enciclopedia Médica del Hogar. Op. cit. p. 281.

Resumiendo lo anterior, podemos decir que la fertilidad es el momento preciso, en que la mujer se encuentra en posibilidad de concebir y el hombre de procrear, en este, es permanente.

3. La esterilidad

Desde el punto de vista gramatical “el estéril es aquél que no da fruto o no produce nada.”¹⁷ Desde el punto de vista biológico, “la esterilidad es la incapacidad del macho para fecundar e incapacidad de la hembra para concebir.”¹⁸

Haciendo un poco de historia, podemos decir que en el Derecho Romano existieron dos tipos de uniones, una legal conocida como *Justae Nuptiae* o justas nupcias, creándose por el interés religioso que existía en Roma y por la necesidad de la continuación y procreación de la *Gens* o familia, o sea la procreación de los hijos; así como los derechos y privilegios que les concedían a las esposas por el hecho de casarse como era correcto, también entraban a formar parte de la familia civil del esposo.

El Derecho Romano contemplaba requisitos para que pudiera efectuarse el matrimonio:

- a) “La pubertad: que es la edad en que el hombre y la mujer cuentan con las facultades físicas para realizar el objetivo principal del matrimonio que es la procreación de hijos, la edad marcada para este propósito era de catorce años para los varones y de doce para

¹⁷ Diccionario de la Lengua Española, 2ª edición, Edit. Milenio, México, 2002. p. 291.

¹⁸ Enciclopedia Médica del Hogar. Op. cit. p. 286.

- las mujeres, previo examen de su cuerpo, el cual era practicado por el padre de los contrayentes para que estos se cercioraran si ya se presentaban las señales de la pubertad para poder empezar a tramitar el matrimonio.
- b) Consentimiento de jefe de familia: éste requisito no se encuentra fundado en el interés o protección de los esposos, sino en la autoridad paterna y derechos de que estaba investido el paterfamilias, ya que éste era el que debía consentir el matrimonio, fuera el padre o el abuelo, no importando la edad del contrayente; en los casos en que era el abuelo, el consentimiento del padre también era importante porque a la muerte de éste la responsabilidad recaía en él cuando los hijos eran varones, ya que en las mujeres era diferente, porque como ya hicimos mención, al casarse éstas se consideraban como unas hijas más del núcleo familiar del esposo dejando de pertenecer a las familias que les correspondía por paternidad, por lo cual, no se necesitaba el consentimiento del progenitor, sólo bastaba el del abuelo.
- c) Consentimiento de los esposos: las personas que se casaban tenían que dar su consentimiento libremente y no porque los obligaran.
- d) El Connubium: es la aptitud legal para contener el matrimonio y lo básico era ser ciudadano romano.¹⁹
- e) Que los cónyuges no tuvieran entre sí otros lazos matrimoniales.

¹⁹ MAILLET, Marc. De los bebés de probeta a la Biología del Futuro. 2ª edición, Edit. Diana, México, 1999. p. 187.

- f) Que no existiera gran diferencia de rango social.
- g) En caso de que fuera viuda, dejará pasar el tiempo determinado por la ley para contraer nuevas nupcias.

El matrimonio se disolvía por las siguientes causas:

- a) Por muerte de los cónyuges, el marido podía casarse inmediatamente pero en cambio la viuda debía de guardar luto por diez meses.
- b) "Por declaración unilateral, hecha por uno de los cónyuges, a esto se le conocía como repudium, ya que los romanos consideraban que no debía subsistir un matrimonio si alguna de las partes se daba cuenta de que el *Affectio Maritalis* (afecto marital), había desaparecido. Al respecto, "el emperador Augusto, tenía una política de fomento a las uniones fértiles, por lo cual no tomaba medidas contra el repudium creyendo que era mejor que una unión estéril cediera su lugar a una que fuera fértil, y por lo tanto diera hijos a la patria, ya que se daba el caso en que las parejas sufrían de esterilidad, impotencia u otro tipo de problemas que hacía que éstas no pudieran procrear, ocasionando muchas veces conflictos entre ellas, por lo cual hizo rodear la notificación del repudium de ciertas formalidades como de que fuera realizada en presencia de siete testigos, ya que de otra manera después de que existiera una

discusión conyugal violenta la esposa no podría saber si se encontraba repudiada o no.”²⁰

“Según Constantino, para facilitar la prueba de la repudiación, uno de los cónyuges debía de presentar por escrito y verbalmente, la voluntad de divorciarse en presencia de siete testigos a través de una acta.”²¹

- c) Por divorcio.
- d) Cuando alguno de los cónyuges era tomado como prisionero en los casos de guerra.

No debemos dar por terminado éste tema sin mencionar la legislación caducaria, representada por sus principales leyes como la Pappia Poppaea y la Iulia, en las cuales Augusto trataba de intervenir en el problema demográfico de Roma. Este nacionalista necesitaba como ya lo habíamos mencionado de auténticos romanos para la realización de sus proyectos, y le molestaba frecuentemente que sus ciudadanos no quisieran casarse, o ya casados no tuvieran hijos.

“Por lo cual se puso en vigor una política de premios y castigos fijados en las citadas leyes que fueron muy populares. También prohíben a los célibes y orbis (cónyuges sin hijos) recibir herencias y legados de personas que no pertenecieran a su inmediata familia, creando a estas personas una serie de obstáculos en sus

²⁰ Ibidem. p. 193.

²¹ FLORIS MARGADANT, Guillermo. Derecho Privado Romano. 10ª edición, Edit. Esfinge, México, 1992. p. 291.

carreras públicas; en cambio los ciudadanos casados y con hijos recibían varios privilegios.”²²

La adopción en Roma, fue una forma de resolver los problemas de la esterilidad e impotencia en las parejas, ya que en ese tiempo no se contaba con la tecnología tan sofisticada que existe en nuestros días. Esta se hizo necesaria para que el apellido de las personas no desapareciera, se daba principalmente en las familias de alta alcurnia o cuando las parejas no podían procrear varones a los cuales heredar, ya que como hicimos referencia anteriormente, las mujeres pasaban a formar parte de la familia del esposo con el cual contraían nupcias y los hijos quedaban bajo la autoridad del paterfamilias hasta que éste moría pasando a ser estos jefes de sus propias familias.

La adopción en el Derecho Romano, “es una institución de derecho civil cuyo efecto es el de establecer entre dos personas relaciones análogas a las que crean las *justae nuptiae*, entre el hijo y el jefe de familia; de esta manera, hace caer bajo la autoridad paterna e introduce a la familia civil a personas que no tienen por lo regular ningún lazo de parentesco natural con el jefe.”²³

En esta época la adopción tenía mayor importancia en la esfera aristocrática, donde la voluntad del pater-familias, influía para la composición de la familia en Roma, contribuía como un medio de asegurar la perpetuidad de las familias, en las

²² *Ibidem.* p. 231.

²³ PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. 20ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000. p. 391.

parejas que sufrían algún tipo de problema que les impidiera procrear descendientes por motivos de esterilidad, impotencia o en los casos en que sólo se tuvieran mujeres dentro de la domus, porque si recordamos, éstas al casarse pasaban a formar parte de la familia del esposo siendo recibidas como hijas adoptivas y el padre o abuelo de estas dejaba de tener control sobre ellas; por lo que en los casos en que alguna familia procreara solamente mujeres, se hacía necesaria la adopción de un varón el cual aseguraría la permanencia de la estirpe. "Originalmente la adopción se llevaba a cabo mediante tres ventas ficticias de la persona que se fuera a adoptar. Vendiendo a esta por tres veces en las cuáles el adoptante tenía que ir recuperando su patria potestad, como lo establecía la Ley de las XII Tablas en la cual marcaba que el pater-familias que vendiera tres veces a una persona que estuviera bajo su patria potestad, era causa de la pérdida de ésta; después de la tercer venta, el adoptante podía reclamar la patria potestad de la persona por adoptar. Dentro de éste proceso el pater-familias de la persona por adoptar figuraba como demandado y como éste no se defendía, el magistrado aceptaba la demanda y tomaba como fundada la acción actor-adoptante hasta llegar a la adopción."²⁴

4. Los métodos de fecundación asistida

La motivación que ha guiado al desarrollo de los métodos de fecundación asistida, desde las épocas más remotas, es el deseo de hacer fértiles a quienes no lo son. A través de la historia, se han propuesto muchos remedios contra la

²⁴ Ibidem. p. 392.

infertilidad consistentes en ungüentos, pócimas y alimentos, entre otros, originados por supersticiones o creencias.

Concretamente, respecto de la inseminación artificial, desde la antigüedad, a veces se admitía la colaboración de un tercero en la procreación. “Coschaker estudia casos de auxilio en la fecundación y se remonta a antecedentes muy distantes con el Levirato, precepto de la Ley de Moisés según el cual, al morir sin sucesión un hombre, su hermano tenía la obligación de tomar a la viuda por esposa y darle un hijo en nombre de aquél.”²⁵

La Biblia contiene en el Génesis dos pasajes en los cuales la procreación se realiza de manera similar:

“Saraí, la mujer de Abraham, no le daba hijos y ella tenía una sierva egipcia, de nombre Agar y dijo a Abraham: mira, ya ves Jehová me ha hecho estéril; entra pues, a mi esclava a ver si por ella puedo tener hijos.”²⁶

Más adelante, en el capítulo 30, dice:

“Raquel, viendo que no daba hijos a Jacob, estaba celosa de su hermana y dijo a Jacob. Ahí tienes a mi sierva Bilha; entra a ella y dará a luz sobre mis rodillas, yo también tendré hijos por ella.

²⁵ GUTMACHER, Alan. Inseminación Artificial Humana. 2ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000. p. 127.

²⁶ CIT. POR CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. La familia en el Derecho. 3ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000. p. 34.

Diole, pues, su sierva por mujer y Jacob entró en ella. Concibió Bilha y parió a Jacob un hijo y dijo Raquel: Dios me ha hecho justicia, me ha oído y me ha dado un hijo."²⁷

Los pasajes anteriores son similares a los preceptos del Código de Hamurabi, según el cual la mujer estéril podía dar a su marido una esclava y a través de ella, darle descendencia. En este caso, el marido no podría ya repudiarla por ser estéril.

"En el Talmud, es un pasaje del Midrash, se encuentra la preocupación de si el hijo concebido accidentalmente por contacto indirecto a través del agua de baño debe ser considerado legítimo. Algunos investigadores, sin embargo, consideran que esto sólo es en el plano académico. Esta leyenda se repite en diversas obras durante la Edad Media y en el Siglo XII, un rabino predicaba que una mujer debía tener cuidado con las sábanas en las que un hombre, que no era su esposo, había dormido para no concebir un hijo de éste."²⁸

La fecundación artificial tiene su origen en la botánica. Desde épocas muy antiguas el hombre observó que se podían fecundar ciertas flores usando las manos como vehículo. Posteriormente, se empezaron a hacer experimentos de este tipo en animales. Los árabes se preocuparon de la crianza de mejores especímenes a través de estos métodos. Se cuenta, que, alrededor de 1320, un jeque árabe inseminó secretamente a las yeguas de raza pura de su enemigo con el esperma de un caballo enfermo y de mala raza. "Don Ponchom hizo experimentos exitosos con peces

²⁷ Ibidem. p. 35.

²⁸ SAGRADA BIBLIA, Trad. Eloino Nacar y Alberto Colunga. 7ª edición, Edit. Católica, España, 1967. p. 263.

alrededor de 1420, posteriormente se experimentó con los huevos del gusano de seda (Malpighi y Bibiena), de la araña (Cleck), de la trucha y del salmón. El primer intento exitoso registrado en mamíferos se debió al abate italiano Lázaro Spallanzani, quien, en el último tercio del Siglo XVIII, depositó semen de un perro en el tracto genital de una perra de la misma raza, después de haberla encerrado y aislado por cierto tiempo en un cuarto. Al cabo de 72 días, nacieron 3 cachorros que se asemejaban notablemente a sus padres.”²⁹

La primera inseminación artificial en humanos ha sido referida a distintos investigadores. Según Georges Valensin, “el primer intento registrado, aunque no exitoso, fue practicado por un médico francés de nombre Armand Verneuil, quien utilizó mezclas de semen y las introdujo en el vientre de la esposa de Enrique de Castilla. Verneuil fue perseguido por la inquisición y obligado a huir. En 1550, Bartholomeus Eustachius aconsejaba guiar el semen con la mano hacia el cerviz, después del coito. De acuerdo con algunos investigadores, fue el primero en obtener éxito en humanos. Sin embargo, los primeros casos exitosos reportados se deben al cirujano inglés John Hunter y al decano de la Facultad de Medicina de París, el doctor Thouret, quienes a finales del Siglo XVIII, lograron embarazos y partos normales por este medio. Hunter impregnó exitosamente a la esposa de un comerciante de lino pero lo guardó en secreto hasta que a su muerte, su sobrino Sir Edward Home, lo dio a conocer señalando que el embarazo y el parto fueron normales. Valensin menciona un folleto, en el que se describe con mucho detalle

²⁹ Ibidem. p. 264.

cómo, mediante una inyección intravaginal de semen, el Dr. Thouret logró el embarazo de su esposa con el subsecuente nacimiento de un niño.”³⁰

Durante el Siglo XIX, sólo se encuentran casos aislados aplicados a la ginecología. En 1838 Girault utilizaba un tubo de plástico para soplar espermatozoides en la vagina de la mujer y obtuvo logros en 30 años de intentos. “En 1886 el doctor estadounidense Mariom Sims reportó haber practicado 55 inseminaciones en 6 mujeres y fue el primero en haber intentado la técnica intrauterina, pero más tarde desistió por encontrar el método inmoral.”³¹

Hasta este momento, la inseminación artificial sólo se practicaba con el semen del marido. Las publicaciones no contienen indicaciones de que el semen de un tercero haya sido utilizado, sin embargo, sí existía un interés en ello. “En Italia, algunas pacientes pidieron a los doctores Sémola y Mantegazza que utilizaran el semen de un donante tras los intentos fallidos con el semen de sus maridos, pero éstos rechazaron las proposiciones por considerarlas tanto pecado como cohabitar con un extraño. En 1884, el profesor Pancoast fue el primero en utilizar semen proveniente de un tercero en una mujer anestesiada con cloroformo sin su consentimiento, pero con la aprobación de su marido, quien quedó muy entusiasmado con el procedimiento y el resultado. A partir de entonces, varios médicos en Europa y Estado Unidos comenzaron a utilizar semen de donantes.”³²

³⁰ QUINTERO MONASTERIOS, Rubén. Op. cit. p.p. 27 y 28.

³¹ Ibidem. p. 30.

³² Ibidem. p. 31.

De lo anteriormente expuesto podemos decir que la inseminación artificial, al igual que todas las ciencias o cambios que se producen dentro de una sociedad cuando los intentos son innovaciones, no son de fácil aceptación por la gente, e incluso son repudiados o rechazados poniendo como pretextos cuestiones religiosas y de pecado. A través de los tiempos y viendo la utilidad y beneficio que representa para las parejas que no pueden concebir de manera natural, ven en la inseminación artificial la solución al problema de la fecundación, es por ello que estamos proponiendo que la inseminación artificial heteróloga sea regulada en un contrato.

"No obstante, la inseminación artificial fue una curiosidad experimental hasta que Ivanoff, en 1899, en Rusia, tomó en consideración su valor práctico en veterinaria. Trabajó principalmente con caballos obteniendo un porcentaje de concepciones 10 veces mayor que con uniones naturales. El método se convierte entonces en una técnica industrial que se desarrolló con gran rapidez después de la Segunda Guerra Mundial, cuando fue preciso reconstruir la ganadería diezmada. Desde entonces el procedimiento se ha extendido y su repercusión en la medicina humana ha sido notable, sobre todo en los países anglosajones. De acuerdo con unas estadísticas publicadas por Roeldher, en 1911 se reportaron 65 casos de los cuales 21 tuvieron éxito; en 1927, de 88 casos, 33 fueron exitosos; para 1941, los estadounidenses Saimor y Kemer hablaban de 8,580 casos."³³

Para reafirmar lo anteriormente expuesto podemos decir que fueron muchos los intentos y fracasos en lo que a inseminación artificial se refiere, pero si no hubiera

³³ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. Op. cit. p. 34.

sido por estos científicos, hasta nuestros días seguiríamos desconociendo todo lo relacionado a la inseminación artificial.

“En el primer Congreso Mundial de Esterilidad y Fertilidad, que tuvo lugar en Nueva York en 1953, una sesión entera fue dedicada a la discusión de la práctica de la inseminación artificial.”³⁴

En ésta se suscitó alguna oposición sobre bases religiosas y morales, pero el consenso fue de que éste es un procedimiento médico y social de gran valor en el tratamiento de parejas infértiles, lo que contribuye a generar relaciones familiares y maritales más estables.

La inseminación artificial, como se ve, no es una técnica nueva. Ya en 1988 decía Dechoux: “No hablaría de estas fecundaciones extraordinarias si no fuera un capítulo obligado del tema y un asunto muy a la orden del día entre los ginecólogos y los jóvenes médicos. Sin embargo, en las últimas décadas se ha renovado y ha entrado en una etapa de cambios, resultado del progreso de la ciencia y la tecnología de reproducción. La inseminación artificial se ha convertido en una práctica común y hasta rutinaria en el ámbito terapéutico ginecológico. El tema es, pues, de gran actualidad.

Los avances y descubrimientos en el campo de la Biología, nos colocan ante hechos que se proyectan en el aspecto jurídico, por lo cual tienen que ser iluminados por la moral.

³⁴ LEÓN FEIT, Pedro. Distintos Aspectos de Inseminación Artificial en Seres Humanos. 4ª edición, Edit. Paloma, Argentina, 2000. p. 121.

Los avances técnicos en materia de inseminación y fecundación artificial han creado situaciones que no se encuentran reguladas en la actualidad, existiendo algunas lagunas en la ley, las cuales se harán notar en los capítulos subsecuentes.

Como venimos diciendo, la ciencia avanza y con esto se va generando la necesidad de regular y reglamentar las relaciones humanas para dar respuesta a estas necesidades que se van dando día con día, ya que si recordamos el Derecho es el encargado de regular las relaciones interpersonales que se van dando dentro de una sociedad determinada, y por lo tanto, debe de preocuparse de la inseminación artificial, ya que es un avance al que hemos llegado y en nuestros días es utilizado, en la práctica a diferencia de otras épocas que se tenía conocimiento como podría realizarse y de hecho se empezaba a practicar con algunos animales, pero no se imaginaban hacerlo con el ser humano como ahora. Es deber de nuestros legisladores estudiarla y hacer los cambios correspondientes dentro de nuestras leyes para evitar que las partes que intervienen en este proceso y de las cuales hablaremos más adelante entren en conflictos.

“Los antecedentes que encontramos en esta materia, los enfocamos a partir de los Siglos XIX y XX. Se cree que los primeros que intentaron realizarla fueron Malpighi y Bibiena en 1600 pero, fracasaron. Más tarde en 1725 Jacob y posteriormente Welteim obtuvieron la primera fecundación artificial de los huevos de un Salmón y una Trucha; más tarde en 1725 el sueco Cleck estudió la araña macho que depositaba su semen en una tela, luego recoge con sus jeringuillas naturales y busca a la hembra para que tenga descendencia; ya en 1785 Thouret logró fecundar a una mujer estéril, mediante una inyección intravaginal de líquido seminal recogido en una jeringa de estaño. Mariom Sims en 1866 obtuvo un solo

logro de 55 intentos, inyectando directamente el esperma en el útero; en 1884 Pancoast realizó la primera inseminación heteróloga, desde entonces el método fecundante ha ido difundiéndose lentamente superando al restringido ambiente pionerístico.”³⁵

En el Siglo XIX sólo se encuentran casos aislados de aplicación ginecóloga del método. Se cita entre otros al americano Mariom Sims, al inglés Sir Everett Millars, al ruso Linderman, y a los franceses Girault y Repiquett.

Al comenzar el Siglo XX, empieza la propagación de la práctica de la inseminación artificial en la mujer, sobre todo en los países anglosajones. En un principio los casos son raros. “Así según las estadísticas publicadas por Roeldher, en 1911 figuran 65, de los cuales sólo 21 fueron con éxito. En 1927 un estudio parecido realizado en Francia consigna 88 casos, entre los cuales se obtiene un resultado favorable, durante la Segunda Guerra Mundial según Saimor y Kemer en 1941 acelera a 8580 casos humanos el empleo de este método.”³⁶

La técnica y mejores conocimiento científicos, han permitido realizar a últimas fechas la fecundación artificial in vitro. “Así en 1978 todo el mundo se entera de la noticia del nacimiento de Louise Brown en Inglaterra, siendo con esto la primera mujer en ser concebida fuera de la matriz de la madre, fecundado previamente el óvulo de ella con los espermatozoides del esposo y dándose con esto la primera fecundación in vitro para posteriormente reimplantar el óvulo fecundado en el seno de la madre para los nueve meses de gestación. Recientemente, el 14 de enero de

³⁵ Ibidem. p. 122.

³⁶ QUINTERO MONASTERIOS, Rubén. Op. cit. p. 43.

1979 nació el primer varón de probeta en Glasgow, Escocia, siendo bautizado con el nombre de Eliaster Montgomery.³⁷ Los países que han legislado al respecto son Suecia y España; el primer país tiene una legislación sobre inseminación artificial desde 1985, se considera que es una medida ginecológica para remediar la falta involuntaria de hijos en la pareja y es permitida tanto en el matrimonio como en las mujeres que viven en condiciones similares al matrimonio (concubinato)."

Los padres de un niño engendrado de manera artificial heteróloga se encuentran en similares condiciones que un adoptado, en estos casos uno de los padres no es el progenitor biológico del niño.

Esta legislación establece que si el hombre ha consentido que se insemine con esperma de un donante, es considerado como el padre legal del niño y nunca podrá declinar de esa responsabilidad por aquél.

Este método no es permitido en las mujeres que viven solas o en relación lesbica. Estas normas son basadas en atención al bien del niño, pues psiquiatras y psicólogos infantiles señalan que un niño requiere tanto la figura de un padre como de una madre.

La ley deja a la decisión del médico la responsabilidad de elección de los donantes debiendo hacer todas las averiguaciones necesarias, sólo se permite que se realice en hospitales públicos bajo la supervisión de un médico titulado con

³⁷ Ibidem. p. 44.

especialización en Ginecología y Obstetricia. Los datos aportados por el donante no pueden ser entregados a los padres del niño ni a otra persona ajena a ellos.

“En España, la ley 35/988 del 22 de noviembre de 1989, contiene disposiciones sobre técnicas de reproducción asistida las cuales son realizadas en mujeres que son mayores de edad y se encuentran en buen estado de salud psicofísica, que consciente y libremente hubieren solicitado el procedimiento además de haber sido informados sobre el artículo 2. El tercer capítulo de esta ley referida habla de los donantes. La donación se establece como un contrato entre el donante y el centro autorizado (artículo 5), según ésta, la donación nunca podrá tener un carácter lucrativo o comercial, y los datos de la identidad del donante al igual que el derecho suco no pueden ser revelados y se custodian bajo el más estricto secreto y clave de los bancos respectivos y en el registro nacional de donantes; pero los hijos nacidos de éstos, tienen derechos por sí mismos o sus representantes legales a obtener información general sobre ellos no incluyendo la identidad, el mismo derecho corresponde a las receptoras de gametos.

La cópula, definida como “la introducción del órgano masculino eréctil en la vagina de la mujer”³⁸, está reservada en el matrimonio a los cónyuges y en ella se funda la filiación legítima. Cuando ésta ocurre con una persona distinta al cónyuge se constituye en adulterio y éste es considerado como una causal de divorcio según el artículo 267 en su fracción primera del Código Civil para el Distrito Federal; como un delito en el Código Penal en su artículo 275. Los hijos nacidos de esta

³⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba. T. X. 12ª edición, Edit. Dris-Kill, Argentina, 1998. p. 1201.

unión, anteriormente se consideraban adulterinos pero con las reformas a nuestro Código Civil y con el principio de que todos deben de tener los mismos derechos no debiendo importar que fueran producto de una relación matrimonial o extramatrimonial, dado que estos no tenían la culpa de haber nacido, como hicimos referencia en el capítulo anterior.

Hay que tomar en cuenta que la fecundación no siempre puede cumplirse normalmente como lo establece la ley en lo que se refiere a los cónyuges, ya que éstos pueden estar afectados por una impotencia o esterilidad ya sea el hombre o la mujer, pudiendo ser a consecuencia de una mala formación de los órganos sexuales, que impiden la realización de la cópula idónea para la impregnación del elemento masculino con el femenino. Los procedimientos para fecundar una mujer constituyen la fecundación artificial salvo estos obstáculos.

"En el derecho canónico se autoriza en el matrimonio, por decreto del Santo oficio del 27 de marzo de 1987 una especie impropia de fecundación artificial, en que la cópula ha podido tener lugar, en cuanto a la introducción del órgano masculino en la vagina, pero donde la fecundación queda impedida por obstáculos a la conjunción idónea del espermatozoide con el óvulo. Permite salvar artificialmente esa dificultad, introduciendo el semen eyaculando en la vagina del útero de la mujer."³⁹

Este avance y progreso en este tipo de materia es posterior a la mayoría de los Códigos vigentes y en general nos atrevemos a decir que no ha sido objeto de

³⁹ Ibidem. p. 74.

previsión legislativa en nuestro país siendo que tiene una fuerte repercusión sobre las situaciones más substanciales del derecho de familia y es útil prever las posibles situaciones que pueden presentarse, particularmente en las relaciones entre los cónyuges y las paterno-filiales.

Actualmente existen dos tipos de inseminación, una es llamada heteróloga y otra homóloga: la primera como ya habíamos hecho referencia, es cuando se utilizan ambos elementos de la pareja (óvulos y espermatozoides) y se efectúa cuando el marido produce espermatozoides aptos para la fecundación, pero no se encuentra habilitado para la cópula normal y fecundante. Si ambos cónyuges consienten el tratamiento, no habrá problemas ni obstáculos legales en nuestra legislación y el hijo quedará emplazado en la filiación legítima, lo mismo sucedería en el concubinato; la segunda es cuando se utiliza un elemento (ya sea óvulo o espermatozoide) diferente al de la pareja a través de una donación. Cabe aclarar que aún cuando la fecundación homóloga artificial consiste generalmente en la utilización de espermatozoides para fecundar el óvulo de la mujer, puede también tener lugar introduciendo un óvulo extraño en el organismo de ésta, utilizándola como incubadora para su fecundación por obra del marido.

“Los autores plantean, si se trata de una fecundación o inseminación artificial ya que ambos términos son usados en la literatura jurídica. Se habla de fecundación artificial cuando se hace referencia a la concepción como resultado de la inseminación, ya que ésta se refiere a la introducción del espermatozoide en la mujer por medios artificiales, sin asegurar la concepción como resultado, la mayoría de los autores consideran que la práctica en cuestión no es fecundación, pues la verdadera

se da después de la intervención médica, afirmando que la fecundación no es artificial sino que lo artificial es la inseminación.”⁴⁰

Nosotros creemos importante haber hecho esta diferenciación ya que algunas personas los consideran como sinónimos y como vemos no es cierto, por lo cual usaremos los dos términos dependiendo de la situación en que nos encontremos; el término será inseminación para indicar la introducción del esperma en la mujer sin asegurar la fecundación y será la segunda cuando se lleve a cabo la concepción.

“La Concepción del latín **Onus**, es la acción y efecto de concebir. Biológicamente, es el momento de la concepción del óvulo que determina en el orden jurídico el comienzo de la existencia de la persona (artículo 70 Código Civil), con capacidad de derecho limitada a los fines de adquirir por donación o sucesión de bienes.”⁴¹

“El proyecto de 1936 acepta la existencia de la persona a partir de la concepción mientras autores como Bibilnoi, admiten sólo la existencia de la capacidad desde la concepción. Orgaz, criticando la disposición legal sostiene que el término persona supone vida individual y autónoma, hecho que no cumple el feto a pesar de que existe vida desde la concepción. Busso señala que la disputa acerca de que si el concebido es o no persona, tiene un interés puramente doctrinario. Porque aún la generalidad de los Códigos que le niegan la personalidad, le reconocen derechos especiales, creando la ficción tradicional de que a esos efectos se le tiene por

⁴⁰ LEÓN FEIT, Pedro. Op. cit. p. 133.

⁴¹ *Ibidem*, P. 378.

nacido."⁴² En el derecho comparado, con excepción del Código de Austria, la mayoría no admite que el concebido sea persona de derecho, pero lo aceptan como una ficción legal o como un anticipo de personalidad (Código Civil Francés Artículo 725 y 906).

Como lo hemos venido analizando, los avances científicos hacen posible la referida fecundación artificial, la cual es lograda a través de un tubo de ensayo (fecundación in vitro) sí es verdaderamente artificial. Esta puede realizarse de la siguiente manera:

- a) En relación al lugar donde se lleve a cabo ya que puede ser interna o in vitro; la primera se realiza dentro del seno materno y la segunda en recipientes de laboratorio.
- b) En relación al estado familiar en que se encuentre la pareja ya sea matrimonial o extramatrimonial, también puede darse el caso en que una mujer se preste para procrear un hijo que no tenga ningún elemento de ella; es decir, que preste su útero a favor de un tercero.
- c) Después de muerto su cónyuge: dentro de éste pueden darse las siguientes situaciones:
 - I. Una inseminación homóloga que se practique en la esposa con el semen del marido después de que éste haya fallecido.

⁴² GUTMACHER, Alán. Op. cit. p. 258.

- II. Con el óvulo de la esposa adecuadamente conservado después de su fallecimiento que se fecunde con el semen de su marido.

Creemos que es necesario dejar en claro que esta clasificación señalada es de acuerdo con las posibilidades técnicas y biológicas que se dan en la práctica.

CAPÍTULO 2
PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA FRACCIÓN XX DEL ARTÍCULO 267
DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

En la actualidad el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, establece lo siguiente:

“Artículo 267. Son causales de divorcio:

XX. El empleo de método de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge.”

Como podemos ver, la principal problemática que encierra esta causal, es de vista, para los doctos y no doctos en la materia, no explica cuáles son los métodos de fecundación asistida y por lo mismo si no están expresados, no se pueden regular, más aún si no se señala la manera de utilizar tales métodos, que, atendiendo a lo claro y preciso de la ley debiera tener una regulación especial para conocer la procedencia de dichos métodos y su utilización.

A efecto de precisar los conceptos, utilización, formas de empleo y procedencia de los métodos de fecundación asistida, precisaremos lo siguiente.

1. Exposición de motivos de la fracción XX

El Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, rige las relaciones jurídicas de los particulares, es

decir, de todos desde el nacimiento hasta la muerte y aún los efectos posteriores, en materia sucesoria.

Por eso es una legislación angular, imprescindible y de especial significación en la vida cotidiana.

“El actual, data de 1928 y fue fruto de un decreto presidencial emitido por Plutarco Elías Calles, cuyo transitorio, que en sus términos nos permite significar la importancia de la iniciativa que se presenta, señalaba que entraría en vigor en la fecha que fijase el Ejecutivo: lo que sucedió en 1932.”⁴³

Las realidades sociales de entonces y las de ahora son evidentemente diferentes, particularmente nos interesa significar la condición de la mujer y de los niños.

Entonces, la mujer no tenía derechos ciudadanos, esto es, no podía votar ni ser votada, por señalar solo un aspecto esencial.

Los niños tenían una esfera de protección evidentemente precaria. Aún con esas diferencias y muchas que derivan de las condiciones del país de aquellos años, preponderantemente rural y con altos niveles de analfabetismo se hicieron cambios que entonces fueron vanguardistas tales como, según consigna la Comisión redactora equiparar la capacidad jurídica del hombre y la mujer, dar a la mujer un

⁴³ Cámara de Diputados LVIII Legislatura Exposición de Motivos de la Fracción XX del artículo 267 del Código Civil. 4ª edición, Edit. Congreso de la Unión, México, 2001. p. 7.

domicilio propio; que pudiera, sin autorización marital, servir en un empleo, ejercer una profesión o industria, o dedicarse al comercio, con tal de no descuidar los trabajos del hogar; y administrar libremente sus bienes propios y disponer de ellos, desapareció la incapacidad legal para que pueda ser tutriz, fiadora, testigo en testamento y para ejercer mandato, que no perdiera la patria potestad de los hijos de matrimonios anteriores y se estableció la sociedad conyugal.

En relación a los niños, se dijo que se comenzó por borrar la terrible diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se procuró que unos y otros gozasen de los mismos derechos, se ampliaron los casos de la investigación de la paternidad, sin constituir una fuente de escándalo.

Se consideraron, igualmente, efectos jurídicos del concubinato en relación a los hijos y a favor de la concubina, no obstante se quiso rendir homenaje al matrimonio, pues se considera la forma legal y moral de constituir la familia.

Además, se establece como innovación el divorcio administrativo "cuando no están en juego los sagrados intereses de los hijos", sin demérito de expresar que hay interés social en que los matrimonios no se disuelvan fácilmente.

Evidentemente, la forma en que se concibe actualmente el concepto de equidad de géneros y de protección a los niños ha cambiado; de la concesión graciosa debemos de transitar al reconocimiento de una histórica lucha a favor del respeto a su integridad, que han dado las mujeres a lo largo de muchos años.

Se necesitan reformas que respondan a realidades sociales y a pretensiones de equidad y justicia para las mujeres y los niños, cuya principal guía sea considerarlos sujetos de derecho y no fundamentalmente objetos de la ley.

“El 22 de agosto de 1996, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el decreto de reformas y adiciones a diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que significaron, a la postre, la posibilidad de elegir por primera vez al Jefe de Gobierno del Distrito Federal y ampliar las facultades de este órgano de representación popular, cambiando su denominación a Asamblea Legislativa del Distrito Federal.”⁴⁴

De las facultades conferidas, destacan las de legislar en materia penal y civil que entraron en vigor en 1999.

En materia penal esta Asamblea hizo una reforma fundamental en septiembre de 1999, cuyos ejes consistieron en ampliar la protección de las víctimas, de las mujeres, los menores e incapaces, el combate a la corrupción y a la impunidad, estableciendo igualmente la discriminación como delito, así como penas más severas en el caso de delitos ambientales.

Por primera vez, en la historia de México un órgano legislativo local de esta Ciudad, tiene posibilidades de legislar en las materias que atañen a esta legislación y no debemos dejar de hacerlo.

⁴⁴ Exposición de Motivos. Op. cit. p. 8.

Es la primera ocasión que los representantes de los habitantes de la Ciudad participarán en reformas a un ordenamiento jurídico tan importante como el que nos ocupa, eso forma parte de la reforma política del Distrito Federal y así lo concebimos y lo asumimos.

Planteamos cambios urgentes a la legislación civil, sin renunciar a la elaboración de un nuevo Código, pero concientes de que hay cuestiones de atención más inmediatas que otras, tales como la protección a las mujeres, a los menores, a la familia.

Los cambios que se proponen en términos generales se pueden clasificar en los siguientes grandes apartados:

1. "Dignidad de las personas.
2. Protección de Género.
3. Protección a los niños.
4. Protección a la familia.
5. Su actualización."⁴⁵

En cuanto al apartado de Dignidad a las Personas, debemos señalar que quizá todo lo propuesto se refiere a ello, no obstante destaca la mención a la prohibición que se señala en el artículo 2, en el sentido de que a ninguna persona por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología,

⁴⁵ Ibidem. p. 10.

orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud, se le podrá negar un servicio o prestación a la que tenga derecho, ni restringir el ejercicio de sus derechos.

Otra cuestión importante en este tenor, es derogar, la referencia al cumplimiento de una sentencia de muerte y sus consecuencias en el Registro Civil, pues pensamos que no debe haber lugar en legislación alguna a este tipo de penas.

Se define al matrimonio como la unión libre de un hombre y una mujer para realizar una comunidad de vida, en donde ambos se procuren respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada y se omite la referencia a la nulidad de los pactos contra la procreación, pues indebidamente eso significó que se llegaría a afirmar que la violación entre cónyuges no era posible, situación indignante y aberrante.

Se establece como edad para contraer matrimonio los dieciocho años de ambos cónyuges, pudiendo obtener consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad o de un tutor quienes sean mayores de dieciséis años, a falta de éste el Juez de lo familiar podrá autorizarlo, atendiendo a las circunstancias especiales del caso.

Se consideran dispensables los impedimentos para contraer matrimonio en casos especiales, como el relativo a la impotencia y a enfermedad incurable dado que la comunidad de vida puede subsistir en la tragedia.

Se reafirma que los cónyuges pueden realizar cualquier actividad siempre que sea lícita, incluso se establece como causal de divorcio el hecho de impedir tal situación.

Se establece incentivando las expresiones de solidaridad la denuncia civil para el caso de que alguien deje de proporcionar alimentos a quien tenga derecho a ello.

Asimismo, se señala, con el afán de que nunca dejen de cumplirse con las obligaciones alimentarias que aquél que tenga obligación de proporcionar informes respecto a los ingresos de una persona que esté obligado a proporcionarlos y no lo haga, o lo haga falsamente que por ese hecho se convierte en deudor solidario de los daños y perjuicios que se generen por ello.

Por lo que se refiere a la protección de género, primeramente debemos decir que se omiten las menciones que significan una distinción entre las obligaciones del hombre y de la mujer en cuanto a la filiación de sus hijos.

Así, por ejemplo, se establece que el padre o la madre están obligados a reconocer a sus hijos y que cuando no están casados, el reconocimiento se hará concurriendo los dos personalmente o a través de sus representantes ante el Registro Civil.

Se establece en el mismo nivel la investigación tanto relativa a la paternidad y a la de la maternidad.

Se señala con toda claridad que el trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos tiene el mismo valor que el realizado afuera, por lo que se considera como aportación económica.

Se establece como principio que los dos cónyuges serán administradores de los bienes de la sociedad salvo pacto en contrario.

Se propone que el cónyuge que haya actuado de mala fe en un matrimonio declarado nulo, perderá derechos sobre los bienes y las utilidades de la sociedad.

Se señala como causal de divorcio que uno de los cónyuges impida a otro realizar una actividad lícita.

Se señala que en el convenio que deben hacer los que voluntariamente se quieren divorciar, se debe incluir lo relativo al uso de la morada conyugal durante el trámite del divorcio, la obligación de informar el cambio de domicilio si se es deudor alimentario, y precisar las condiciones del derecho de visita hacia los hijos.

Se señalan que medidas cautelares en divorcio deben de dictarse desde que se presenta la demanda, e incluyen preponderantemente en el caso de violencia familiar: ordenar la salida del cónyuge demandado de la vivienda donde habita el grupo familiar; la prohibición del cónyuge demandado de ir a lugar determinado y que se acerque a los agraviados a la distancia que el propio Juez considere pertinente.

La protección a los niños, incluye la eliminación de los calificativos que subsisten en el Código vigente de los hijos en razón de su origen, por lo que se modifica lo relativo a las actas y los capítulos de la filiación.

Se elimina la distinción entre la filiación de los hijos de matrimonio de los nacidos fuera de éste, por lo que se establece un solo capítulo de las pruebas de filiación.

Destaca que todos los hijos nacidos durante la vigencia de un matrimonio se presumen hijos de ambos cónyuges, sin que sea requisito el que nazcan después de 180 días de celebrado éste. Asimismo, se establece que se escuche a los menores en todos los procedimientos que les afecten.

En las causales de divorcio se establecen las conductas de sevicia, amenazas o injurias contra los hijos y cometer un delito doloso contra ellos por parte de un cónyuge, cuya caducidad será de dos años.

Se deroga la figura de la adopción simple, pues toda adopción debe tener efectos plenos, dejando la excepción para el caso de que se realice entre parientes. De hecho, desde que se estableció la misma no ha habido solicitudes de adopción simple, según pudimos investigar.

Se señala la pérdida de la patria potestad para quien incumpla la obligación alimentaria.

Se define la figura del acogimiento y la obligación de avisar al Ministerio Público, siempre que ocurra para combatir el tráfico de infante.

Por cuanto a la protección de la familia, se establece un capítulo para significar que todas las disposiciones que tienen relación con la familia son de orden público e interés social, lo que las separa de la naturaleza privada del Código Civil.

Se establece que los alimentos a los adultos mayores, se les proporcionen procurando integrarlos a la familia, y que los alimentos incluyan la rehabilitación de los discapacitados.

Se define sin cargas peyorativas a las personas sujetas a tutela por restricciones a su capacidad de ejercicio.

Asimismo se establece, la obligación de los tutores de presentar un informe anual respecto al cuidado encomendado y que la violencia familiar será, además de otras sanciones que se generen, causa para separar de su cargo al tutor.

Se posibilita a los concubinos para adoptar conjuntamente.

En cuanto a la violencia familiar, se hace una propuesta que conjuga lo mejor de todas las legislaciones en la materia, al señalar que los integrantes de la familia tienen derecho a desarrollarse en un ambiente de respeto a su integridad física y psíquica, y obligación de evitar conductas que generen violencia familiar.

A tal efecto, contarán con la asistencia y protección de las instituciones públicas, de acuerdo a las leyes para combatir y prevenir conductas de violencia familiar.

Asimismo, se señala que por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave que se ejerce contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir o no lesiones.

La educación o formación del menor no será en ningún caso considerada justificación para alguna forma de maltrato.

También se considera violencia familiar la conducta llevada a cabo contra la persona con que se encuentra unida fuera de matrimonio, de los parientes de ésta, o de cualquier otra persona que esté sujeta a su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado, siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan o hayan convivido en la misma casa.

Los integrantes de la familia que incurran en violencia familiar deberán reparar los daños y perjuicios que se ocasionen con dicha conducta, con autonomía de otro tipo de sanciones que éste y otros ordenamientos legales establezcan.

En todas las controversias derivadas de violencia familiar, el Juez dictará las medidas cautelares que para el caso de divorcio por violencia familiar se dictan.

En lo relativo al patrimonio familiar, se amplían los bienes que puede comprender, tales como el mobiliario de una casa o el negocio familiar, transfiere

la propiedad a los miembros de la familia por el sólo hecho de constituirlo y aumenta considerablemente su valor, a treinta años de trabajo, con un salario de tres veces el salario mínimo y que se actualiza con el índice de inflación; se establece también como beneficiarios a los hijos supervenientes. Esta propuesta retoma aspectos sugeridos por el Doctor Julián Güitrón Fuentesvilla.

Se plantea la suplicencia en los planteamientos de derecho, en los juicios de divorcio donde se invoque como causal la violencia familiar, la servicia, las amenazas y las injurias graves.

En cuanto a la actualización hecha en esta materia al Código Civil, se incluyen las referencias precisas a los ordenamientos que corresponden, también que el reconocimiento de la paternidad y la maternidad se puede hacer con los medios que aportan los conocimientos científicos.

Asimismo, se hace referencia a la reproducción asistida y a la filiación que se produce, con consentimiento de la pareja, y en contrasentido se establece como causal de divorcio si no hay dicho consentimiento.

Se posibilita el divorcio administrativo para el caso de que los solicitantes tengan hijos y estos sean mayores de edad y no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. Con ello se estará respondiendo a un reclamo de simplificación jurídica, ante una realidad de convivencia fracturada.

Como puede verse del Libro Primero del Código Civil, se propone modificar gran parte de los artículos que comprenden los Títulos Cuarto, Quinto, Sexto, Séptimo, Octavo, Noveno y Duodécimo, lo que constituye un esfuerzo por cambiar

cultural y jurídicamente condiciones de desigualdad en las relaciones jurídicas en que intervienen las mujeres, los niños, los adultos mayores, los discapacitados y la familia: racionalmente nadie se podría oponer, por lo que llamamos a las fuerzas políticas representadas en esta Asamblea a evitar que la pugna política nuble la visión que se requiere para hacer grandes transformaciones que está reclamando la sociedad.

Finalmente, por lo que hace a las modificaciones al Código de Procedimientos Civiles, la intención es acelerar los procedimientos en los casos de divorcio en que se invoca como causal la violencia familiar, la sevicia, las amenazas o las injurias graves, por lo que se reducen a la mitad el período para la audiencia previa y de conciliación de ofrecimiento de pruebas y de recepción de las mismas.

2. Regulación Actual

En la actualidad la regulación que hace el Código Civil para el Distrito Federal es insuficiente, casi omisa y aunque parezca reiterativo sólo se menciona lo siguiente:

“Artículo 267. Son causales de divorcio:

XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge:

En relación con lo anterior, los artículos 326 y 329 del Código Civil para el Distrito Federal establecen lo siguiente:

“Artículo 326. El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.

“Artículo 329. Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.”

Desde nuestro punto de vista es insuficiente tal regulación por que no señala, como nosotros lo hacemos en la presente tesis, cuales son los métodos de fecundación asistida, su procedencia derechos y obligaciones que de esto se generen.

3. Omisiones del texto de la fracción XX

Las principales omisiones derivadas del texto de la fracción XX del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal son las siguientes:

- ❖ No se definen los métodos de fecundación asistida.
- ❖ No se precisa la procedencia de éstos métodos.
- ❖ Los Derechos y obligaciones de la utilización de dichos métodos no están señalados.
- ❖ El consentimiento no se estipula como se debe manifestar.
- ❖ La cuestión médica no se toca en relación a la idoneidad para la utilización de dichos métodos.
- ❖ Tampoco se establece dónde empieza la utilización de los métodos de fecundación asistida, y dónde termina.

Por lo antes anotado, consideramos pertinente la revisión de la fracción XX del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal para no dejar dudas acerca de la legalidad de dicha fracción y sobre todo a la utilidad práctica de ésta.

A nuestro parecer es más precisa la regulación que se hace en el Código Penal para el Distrito Federal sobre la procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética donde se establece lo siguiente:

Artículo 149. A quien disponga de óvulos o esperma para fines distintos a los autorizados por sus donantes, se le impondrán de tres a seis años de prisión y de cincuenta a quinientos días multa.

Artículo 150. A quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, se le impondrán de tres a siete años de prisión.

Si la inseminación se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, se impondrá de cinco a catorce años de prisión.

Artículo 151. Se impondrá de cuatro a siete años de prisión a 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.

Artículo 152. Además de las penas previstas en el capítulo anterior, se impondrá suspensión para ejercer la profesión o, en caso de servidores públicos, inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, así como la destitución.

Artículo 153. Cuando entre el activo y el pasivo exista relación de matrimonio, concubinato o relación de pareja, los delitos previstos en los artículos anteriores se perseguirán por querrela.

Artículo 154. Se impondrán de dos a seis años de prisión, inhabilitación, así como suspensión por igual término para desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio, a los que:

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

Artículo 155. 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.

Como podemos ver, el Código Civil para el Distrito Federal deberá tomar en cuenta muchos casos de hecho y de derecho, así como cuestiones médicas, relacionadas a la utilización de los métodos de fecundación asistida y sobre todo

tomando en cuenta la verdadera necesidad jurídica fisiológica y moral para la fecundación y, obligándose al donante y donatario a lo estipulado mediante contrato o convenio para los derechos y obligaciones.

CAPÍTULO 3

LOS MÉTODOS DE FECUNDACIÓN ASISTIDA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

El capítulo que a continuación exponemos tiene vital importancia en razón del auge que está cobrando en algunos países la fecundación asistida, incluso en el nuestro, razón por la cual consideramos que es importante que al respecto exista una adecuada regulación del tema ya que como se ha mencionado, la tecnología médica para tal método ya se está practicando en nuestra nación, máxime que hay personas que la están utilizando como método terapéutico para poder tener hijos ante la imposibilidad física de uno o de ambos cónyuges de procrear de manera natural, por lo tanto, creemos que la práctica de la fecundación asistida aumentará en nuestro país conforme sus habitantes se vayan acostumbrando a este tipo de concepción.

Los métodos de fecundación asistida en todas sus modalidades trae consigo algunas connotaciones de carácter jurídico, las cuales están vinculadas íntimamente con los más altos valores del ser humano como pueden ser la vida, la salud, el parentesco, o bien, los derechos y obligaciones inherentes al hombre, por ello es importante que los legisladores analicen las posibles consecuencias que trae consigo la fecundación asistida, para que al legislar regulen adecuadamente los problemas que se puedan presentar, con el fin de que no haya lagunas al respecto y se eviten las posibles situaciones que ya se están suscitando en diversos países incluyendo el nuestro.

En relación con México, la fecundación asistida no está suficientemente legislada, y en virtud de que la demanda de esta técnica aumenta cada día, se crean diversos conflictos, tanto en el ámbito del Derecho Civil como en el Derecho Penal, más aún en éste, ya que ni a la analogía se puede recurrir para castigar determinados hechos que no están tipificados en la ley. En cuanto a esto, se pueden presentar diversas situaciones con el uso de la fecundación asistida que se podrían configurar como delitos, como es el caso de la violación del secreto del nombre del donador, ya que conforme a la Ley Penal vigente no está considerado como tal.

Con relación al Derecho Civil, en especial al derecho de familia, que es lo que se está tratando en esta investigación, se observa que la fecundación asistida tiene consecuencias directas respecto de la paternidad, filiación, matrimonio, concubinato y divorcio; e indirectas sobre el derecho sucesorio.

Las nuevas técnicas de reproducción humana, que han tenido un auge en las últimas cinco décadas, presentan una compleja problemática, debido al desconocimiento que hasta hace unos años se tenía de éstas y, principalmente por la carencia de un Código Civil actualizado que contemple todo lo relacionado con el presente trabajo, es decir, de la fecundación asistida.

En nuestro país la fecundación asistida tiene su fundamento legal, en principio, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Código Civil para el Distrito Federal, Código Civil Federal y Código Penal y demás ordenamientos.

1. Los métodos de fecundación asistida en la actualidad

Los avances y descubrimiento en el campo de la Biología nos colocan ante hechos que se proyectan en el aspecto jurídico, por lo cual tienen que ser iluminados por la moral.

Los avances técnicos en materia de inseminación y fecundación artificial han creado situaciones que no se encuentran reguladas en la actualidad, existiendo algunas lagunas en la ley, las cuales encontramos e hicimos referencia en la presente investigación en el capítulo anterior. Como venimos diciendo, la ciencia avanza y con esto se va generando la necesidad de regular y reglamentar las relaciones humanas para dar respuesta a estas necesidades que se van dando día con día, ya que si recordamos, el Derecho es el encargado de regular las relaciones interpersonales que se van dando dentro de una sociedad determinada, y por lo tanto debe preocuparse de la inseminación artificial, ya que es un avance al que hemos llegado y en nuestros días es utilizado en la práctica, a diferencia de otras épocas que se tenía conocimiento como podría realizarse y de hecho se empezaba a practicar con algunos animales, pero no se imaginaban hacerlo con el ser humano como ahora. Es deber de nuestros legisladores estudiarla y hacer los cambios correspondientes dentro de nuestras leyes para evitar que las partes que intervienen en este proceso y de las cuales hablaremos más adelante entren en conflictos.

Este avance y progreso en este tipo de materia, es posterior a la mayoría de los Códigos vigentes y en general nos atrevemos a decir que no ha sido objeto de previsión legislativa en nuestro país, siendo que tiene una fuerte repercusión sobre las situaciones más substanciales del derecho de familia y es útil prever las posibles situaciones que pueden presentarse, particularmente en las relaciones entre los cónyuges y las paterno-filiales.

Actualmente existen dos tipos de inseminación, una es llamada heteróloga y otra homóloga: la primera como ya habíamos hecho referencia, es cuando se utilizan ambos elementos de la pareja (óvulos y espermatozoides) y se efectúa cuando el marido produce espermatozoides aptos para la fecundación, pero no se encuentra habilitado para la cópula normal y fecundante. Si ambos cónyuges consienten el tratamiento, no habrá problemas ni obstáculos legales en nuestra legislación y el hijo quedará emplazado en la filiación legítima, lo mismo sucedería en el concubinato; la segunda es cuando se utiliza un elemento (ya sea óvulo o espermatozoide) diferente al de la pareja a través de una donación. Cabe aclarar que aún cuando la fecundación homóloga artificial consiste generalmente en la utilización de espermatozoides para fecundar el óvulo de la mujer, puede también tener lugar introduciendo un óvulo extraño en el organismo de ésta, utilizándola como incubadora para su fecundación por obra del marido.

“Los autores plantean, sí se trata de una fecundación o inseminación artificial ya que ambos términos son usados en la literatura jurídica. Se habla de fecundación artificial cuando se hace referencia a la concepción como resultado de

la inseminación, ya que ésta se refiere a la introducción del esperma en la mujer por medios artificiales, sin asegurar la concepción como resultado, la mayoría de los autores consideran que la práctica en cuestión no es fecundación, pues la verdadera se da después de la intervención médica, afirmando que la fecundación no es artificial sino que lo artificial es la inseminación.”⁴⁶ Nosotros creemos importante haber hecho esta diferenciación ya que algunas personas los consideran como sinónimos y como vemos no es cierto, por lo cual usaremos los dos términos dependiendo de la situación en que nos encontremos; el término será inseminación para indicar la introducción del esperma en la mujer sin asegurar la fecundación y será la segunda cuando se lleve a cabo la concepción.

Como lo hemos venido analizando, los avances científicos hacen posible la referida fecundación artificial, la cual es lograda a través de un tubo de ensayo (fecundación in vitro) sí es verdaderamente artificial. Esta puede realizarse de la siguiente manera:

- a) En relación al lugar donde se lleve a cabo ya que puede ser interna o in vitro; la primera se realiza dentro del seno materno y la segunda en recipientes de laboratorio.
- b) En relación al estado familiar en que se encuentre la pareja ya sea matrimonial o extramatrimonial, también puede darse el caso en que una mujer se preste para procrear un hijo que no tenga ningún elemento de ella; es decir, que preste su útero a favor de un tercero.

⁴⁶ HURTADO OLIVER, Xavier. Op. cit. p. 103.

c) Después de muerto su cónyuge: dentro de éste pueden darse las siguientes situaciones:

- I. Una inseminación homóloga que se practique en la esposa con el semen del marido después de que éste haya fallecido.
- II. Con el óvulo de la esposa adecuadamente conservado después de su fallecimiento que se fecunde con el semen de su marido.

Creemos que es necesario dejar en claro que esta clasificación señalada es de acuerdo con las posibilidades técnicas y biológicas que se dan en la práctica.

La inseminación artificial se practicaba bajo dos modalidades básicas; la homóloga y la heteróloga.

En términos generales, la inseminación artificial homóloga, también conocida como endógena, es la que se practica con el semen del marido o, en su caso, del concubinario. La Inseminación Artificial Homóloga es un auténtico tratamiento para parejas infértiles; no así la inseminación artificial heteróloga, en la que puede no existir una relación de pareja y como tal, cumple con un requisito fundamental de la terapéutica: el de beneficiar lo más que se pueda con los recursos disponibles, aunque no es muy aceptada en los casos en que no existe el vínculo matrimonial o el concubinato, ya que trae consigo consideraciones morales y religiosas.

En general, las indicaciones para la Inseminación Artificial Homóloga son cualesquier causa de infertilidad que impida la inseminación normal o la migración espermática. Es fundamental hacer una juiciosa evaluación de la pareja antes de practicar la inseminación artificial.

Deben tenerse presente, sobre todo, las contraindicaciones médicas (como infecciones del tacto genital femenino que pueden derivar en complicaciones más o menos graves si se practica la inseminación artificial; el estado de la madre que no haga aconsejable un embarazo, entre otras), las eugenésicas (cuando hay peligro de transmisión de enfermedades hereditarias, por ejemplo) y también las contraindicaciones sociales como el alcoholismo, la drogadicción o la falta de responsabilidad paterna.

“Desde el punto de vista seminal, las indicaciones para la IAH son la oligospermia, astenospermia, teratospermia o dispermia. Cuando la mujer presenta reacciones alérgicas al semen del marido, la inseminación artificial puede ser exitosa si se utilizan únicamente los espermatozoides.”⁴⁷

Los factores femeninos que sirven de base para recomendar la IAH son básicamente las esterilidades que se producen a nivel vaginal o cervical, ya que la inseminación puede hacerse directamente en el útero.

Por último, respecto del hombre, es aconsejable practicar la IAH desde el punto de vista médico, cuando existen anomalías en el aparato de conducción de

⁴⁷ Ibidem. p. 104.

los espermatozoides (malformaciones anatómicas, obstrucción de las vías genitales en cualquiera de sus puntos, eyaculación retrógrada, etc.), pero es posible obtener estos por algún medio como la punción testicular o directamente de la vejiga, en el caso de eyaculación retrógrada, por ejemplo.

Cuando la causa de infertilidad es la impotencia y ésta tiene un origen psicológico, siempre debe tratarse a través de psicoterapias antes de recurrir a la inseminación artificial. Sin embargo, si la impotencia es incurable, la IAH puede intentarse si hay producción de gametos y es posible su obtención.

Es difícil evaluar la efectividad de la IAH ya que no hay concierto entre los distintos investigadores y médicos, así como tampoco un control preciso, tanto de los individuos que se han sometido a ella como de las técnicas empleadas, que permitan elaborar estadísticas confiables. En la literatura se presenta desde altamente exitosa hasta relativamente no exitosa.

En la inseminación artificial heteróloga, también conocida por inseminación artificial por donante o exogámica, se utiliza semen proveniente de un tercero (donante) ajeno al matrimonio o, en su caso, al concubinato. La relación de pareja puede incluso no existir puesto que puede practicarse y de hecho se practica, en mujeres solteras y aún en lesbianas, aunque esto sea reprobable, ya que afecta a la institución jurídica del matrimonio y más aún a los niños nacidos en estas circunstancias, por lo que no estamos de acuerdo en que se permita el acceso a la fecundación asistida a dichas personas.

La IAD ha sido fuertemente criticada y rechazada por cuestiones morales o religiosas, pero como tratamiento para parejas infértiles, no cabe duda de que es cada vez más aceptada en el mundo por médicos y pacientes. Sin embargo, no deja de tener fuertes implicaciones éticas en virtud de que no es un método reservado para parejas que llevan una relación estable. Por ello considero que solamente las personas unidas en matrimonio y en concubinato (que tengan dos años de relación) deberán tener acceso a este tipo de inseminación.

La IAD constituye una alternativa para la procreación cuando es imposible realizar la IAH porque haya una esterilidad o impotencia absoluta del marido, cuando a pesar de haberse intentado la IAH, ésta no ha dado resultados o bien, como ya se apuntó, cuando no existe matrimonio o concubinato.

"En el hombre, la más clara indicación es la anospermia y la aspermia. También se practica en gran medida por razones eugenésicas ya que, si bien no se elimina el riesgo de transmitir alguna anomalía genética, sí se reduce considerablemente, pues siempre se hace una amplia evaluación del donante y de su semen antes de que sea utilizado. No obstante, las indicaciones más claras para la IAD y probablemente las únicas indicaciones femeninas, son inmunológicas y entre éstas, la más común es la incompatibilidad entre el factor Rh de la mujer y del marido."⁴⁸

Anteriormente, la vasectomía era una causa cada vez más común de que ciertas parejas recurrieran a la IAD. De acuerdo con un estudio realizado durante

⁴⁸ GUTMACHER, Alan. Op. cit. p. 263.

la década pasada en Estados Unidos de América fueron practicadas en hombre que se habían hecho la vasectomía y posteriormente contraído un nuevo matrimonio. Sin embargo, debido a avances médicos este porcentaje casi ha desaparecido, ya que en la actualidad los efectos de la vasectomía se pueden revertir con éxito.

“La selección del donante que, por lo general corresponde al médico que practica la inseminación, es un factor de suma importancia. El donante debe estar en buen estado de salud tanto físico como mental. Debe formularse una historia clínica completa y detallada tanto personal como familiar (parientes en línea recta) de cada donante a través de cuidados y análisis clínicos. Es preciso que no haya malformaciones orgánicas congénitas (por ejemplo labio leporino) ni enfermedades o anomalías transmisibles genéticamente (como la hemofilia, el albinismo o la distrofia muscular). La evaluación de padecimientos en ascendientes y descendientes es importante porque muchas enfermedades no se transmiten a la siguiente generación, pueden brincar una o más generaciones. El donante debe tener el mismo factor Rh que la esposa. Debe tener fertilidad probada y semen de excelente calidad.”⁴⁹

“También es necesario hacer una cuidadosa evaluación de la pareja. Ambos cónyuges deben ser emocionalmente maduros y tener un matrimonio o concubinato estable, pues los intereses del hijo que se quiere concebir deben tener un papel preponderante. Una contraindicación para la IAD es justamente la inestabilidad de cualquiera de los cónyuges o del matrimonio mismo. No debe haber reservas mentales, morales, religiosas o legales ni presión alguna por parte

⁴⁹ Ibidem. p. 264.

de cualquiera de ellos o de sus parientes y amigos, etc. La evaluación de la pareja cobra mayor importancia que en la IAH puesto que se involucra a un tercero extraño.”⁵⁰

Asimismo deben considerarse las contraindicaciones médicas, eugenésicas (sobre todo en la mujer, ya que se hace un análisis selectivo del donante) y sociales apuntadas anteriormente para la IAH, con miras a proteger los intereses del futuro hijo.

Algunos autores consideran de acuerdo con Zarate Treviño en su obra Ginecología, “que la responsabilidad del médico es el estudio, selección y aceptabilidad tanto de la pareja como del donante, como el factor primordial en la IAD. Compartimos esta idea ya que el médico debe ser el responsable de que se lleve a buen término la fecundación asistida.”⁵¹

De manera genérica podemos decir que cuando la mujer, de acuerdo a alguna disfunción de su organismo no puede producir de manera directa los óvulos, se puede fertilizar de manera directa al óvulo con el espermatozoide del cónyuge pero, a efecto de tener una mejor comprensión sobre el tema es oportuno señalar como lo establece Zarate Treviño que “Algunas mujeres o parejas incapacitadas para concebir recurren a las madres de alquiler, ejemplo: Eva R., casada con Mario J. no podían tener hijos, pues sus ovarios no producían óvulos. Por lo cual la pareja busca a Delia M. En una clínica de fertilización,

⁵⁰ ESPINOZA SARZA, Roberto. La Inseminación y su problemática jurídica. 7ª edición, Edit. Paidox, México, 1997. p. 121.

⁵¹ *Ibidem*. p. 122.

posteriormente inseminan artificialmente a Delia con el esperma de Mario. Cuando llega el momento del parto el matrimonio se encuentra presente para recibir a su hijo. Para este tipo de situaciones en que la mujer por cualquier razón no produce óvulos, pero su cuerpo puede fertilizar in vitro el óvulo con el espermatozoide de la pareja para posteriormente implantar el óvulo fertilizado en el útero de la madre de alquiler.”⁵²

Hay que tomar en cuenta que todas las partes involucradas en los diferentes métodos de fertilización artificial que hemos señalado pueden verse afectadas en el futuro: El donante (sea hombre o mujer), que por lo general lo hace por dinero o por ayudar a una pareja infértil puede llegar el día que se sienta atormentado al pensar que en algún lugar tiene descendencia, se arrepienta de lo que hizo y le entre el deseo de reclamar a su hijo o hija. Por este tipo de situaciones, es necesario que se cree un contrato en donde se establezcan los derechos y obligaciones que van a tener todas y cada una de las partes que se encuentren envueltas en dicha inseminación, todo esto además de la creación de una legislación que regule estos supuestos.

2. Importancia del consentimiento del cónyuge en los métodos de fecundación asistida

Como sabemos, el consentimiento es uno de los requisitos indispensables para la validez de un contrato, es decir, éste es esencial y máxime tratándose de la

⁵² ZARATE TREVIÑO, Arturo. Op. cit. p. 128.

utilización de cualquiera de los métodos de fecundación asistida que si el consentimiento de los cónyuges se manifiesta, es bienvenido, de lo contrario, será repudiado y traería consecuencias futuras graves al matrimonio y a la familia en general.

El Código Civil para el Distrito Federal coloca como el primero de los elementos necesarios para la existencia del contrato, el consentimiento. Este es entendido generalmente como el acuerdo de dos o más voluntades acerca de la producción o transmisión de derechos y obligaciones.

Para que haya contrato se exige la existencia previa de dos o más manifestaciones de voluntad, recíprocas y correlativas, concurrentes a un fin común a las partes que las producen.

"El Código Civil Español declara expresamente que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato (artículo 1262)."⁵³

El consentimiento puede ser, de acuerdo con nuestro Código, expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resulta de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio, la voluntad deba manifestarse expresamente.

⁵³ ORTIZ URQUIDI, Raúl. Contratos Civiles. 3ª edición, Edit. Porrúa, México, 1990. p. 321.

Dada la naturaleza de requisito esencial que el consentimiento tiene para la creación del contrato, éste no existe sin aquél.

La calificación de perfecto aplicada a un contrato, significa que reúne todas las condiciones esenciales desde el punto de vista legal para su existencia.

El contrato queda perfeccionado desde el momento en que se ha celebrado, con todos los requisitos requeridos por la ley para que pueda ser reconocida su existencia y fuerza obligatoria. Este momento representa el nacimiento del contrato.

Declara el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1796 que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley, y añade que desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

El consentimiento no surge espontáneamente, sino que está precedido por una serie de tratos o conversaciones previas, que tienen como punto inicial una oferta y, como consecuencia normal de ella, la aceptación por aquél a quien se ha hecho.

“El período preliminar de la vida del contrato a que hacemos referencia falta, sin duda, en el llamado contrato por adhesión, pero la naturaleza contractual

de esta figura jurídica es seriamente objetada, con razones que, a nuestro entender, deben considerarse como realmente dignas de ser tomadas en cuenta.”⁵⁴

Con referencia a esta etapa de la vida del contrato, se ha planteado el problema de si la conducta observada durante ella por los sujetos interesados en los tratos es susceptible de determinar o no responsabilidad.

Normalmente, el desistimiento de los tratos o conversaciones por cualquiera de los interesados no importa responsabilidad. No se niega, sin embargo, la posibilidad de que alguno de ellos sufra como consecuencia de la frustración de tales tratos algún perjuicio, y entonces es evidente que el problema del resarcimiento se presenta en forma que no se puede eludir.

Nos enfrentamos, pues, en tales circunstancias, ante el problema de la culpa in contrabando.

“El vigente Código Civil Italiano reconoce expresamente la existencia de una responsabilidad precontractual al disponer que las partes (más exacto hubiera sido decir futuras partes), en el desarrollo de los negocios y en la formación del contrato deben comportarse de acuerdo con la buena fe.”⁵⁵

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal no contiene un precepto similar al del Código Civil Italiano al que nos hemos referido, pero es indudable, a

⁵⁴ ZAMORA VALENCIA, Miguel Ángel. Contratos Civiles. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000. p. 311.

⁵⁵ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. De los Contratos Civiles. 2ª edición, Edit. Porrúa, México, 2001. p. 381.

nuestro juicio, que la responsabilidad precontractual debe darse por existente con fundamento en el principio de la buena fe; que debe presidir las relaciones civiles entre todos los hombres y que constituyendo un principio general del Derecho es, para nosotros, constitucionalmente considerado, una norma jurídica positiva de nuestro sistema jurídico.

El consentimiento necesita del concurso de la oferta y de la aceptación para producirse, como ya se ha dicho.

Normalmente la formación del contrato presupone dos declaraciones de voluntad.

La oferta (o proposición) es la manifestación de la voluntad de celebrar un determinado contrato con aquella persona a quien va dirigida.

La oferta o policitud, dice Dekkers, "es un proyecto de contrato presentado por una de las partes, que necesita de la aceptación de la otra para ser contrato."⁵⁶

La aceptación es definida por Dekkers "como la celebración de voluntad que concuerda en todos los puntos, esenciales o secundarios, con la oferta."⁵⁷

El contrato se forma, según el artículo 1807 del Código Civil para el Distrito Federal en el momento en que el proponente recibe la aceptación estando ligado

⁵⁶ Ibidem. p. 382.

⁵⁷ TREVINO GARCÍA, Ricardo. Los Contratos Civiles y sus Generalidades. 3ª edición, Edit. Mc. Graw-Hill, México, 2001. p. 213.

por su oferta según las reglas de este cuerpo legal, las que se exponen en el lugar oportuno.

Si al tiempo de la aceptación hubiese fallecido el proponente, sin que el aceptante fuera sabedor de su muerte, quedarán los herederos de aquél obligados a sostener el contrato.

En relación con los efectos de la oferta, el Código Civil para el Distrito Federal distingue el caso en que se haya fijado un plazo para aceptar, de aquél en que no exista el plazo.

Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo.

Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplica a la oferta hecha por teléfono.

Cuando la oferta se haga sin fijación de plazo a una persona no presente, el autor de la oferta quedará ligado durante tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o del que se juzgue bastante no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones.

La oferta se considerará como no hecha si la retira su autor y el destinatario recibe la retractación antes que la oferta. La misma regla se aplicará al caso en que se retire la aceptación.

El proponente quedará libre de su oferta cuando la respuesta que reciba no sea una aceptación lisa y llana, sino que importe modificación de la primera. En este caso, la respuesta se considerará como nueva proposición, que se regirá de acuerdo con las normas generales sobre la oferta.

La propuesta y aceptación hechas por telégrafo producen efectos si los contratantes con anterioridad habían estipulado por escrito esta manera de contratar y si los originales de los respectivos telegramas contienen las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos por ellos.

La formación del consentimiento según sea entre presentes o entre ausentes han planteado serios problemas en el terreno de la práctica jurídica; pero nuestro Código Civil para el Distrito Federal los ha resuelto de manera, a nuestro juicio, clara y satisfactoria.

La cuestión relativa al momento en que se produce el consentimiento es particularmente interesante con referencia a la contratación entre ausentes.

Existen a este respecto las teorías siguientes: la de la manifestación (o emisión), la del conocimiento (o información), la de la expedición y la de la recepción.

“De acuerdo con la teoría de la manifestación, el contrato se perfecciona desde el momento mismo en que se produce la aceptación; la del conocimiento, exige para la perfección del contrato que la aceptación llegue a conocimiento del oferente; la de la expedición entiende que el contrato se forma cuando la aceptación no sólo es manifestada, sino dirigida al oferente, y la de recepción, que

es la reconocida por el legislador mexicano, da por perfecto el contrato desde el momento mismo que llega a poder del oferente.”⁵⁸

El contrato entre ausentes, es decir, entre personas que en el momento de la aceptación no se encuentran presentes, es en la actualidad bastante frecuente, dada la intensidad de las relaciones jurídicas entre persona y entidades, no sólo en la esfera nacional, sino también en la internacional.

El Código Civil para el Distrito Federal, sienta a este respecto el principio legal de que en estos casos el contrato se forma en el momento en que el oferente recibe en su domicilio la carta o telegrama que contenga la aceptación.

Durante largo tiempo, el problema del contrato celebrado por teléfono dio lugar a debates interminables y confusos en grado sumo. Por lo que respecta a México, actualmente el problema quedó resuelto de manera concluyente y manifiesta en el Código Civil para el Distrito Federal, el cual declara que el contrato celebrado por teléfono se equipara al celebrado entre presentes. Este criterio legal, que a nosotros nos parece aceptable, considera que a los efectos del contrato la presencia de las partes debe significar la comunicación entre ellas realizada de manera efectiva, no obstante hallarse en lugares distintos. Cuando dos personas hablan por teléfono, es indudable que se encuentran presentes, aunque no se vean.

“La doctrina más autorizada ha reconocido que cuando quienes contratan lo hacen por teléfono no están en situación distinta de aquélla en que se encontrarían si estuvieran frente a frente, en el mismo sitio, concluyendo, consiguientemente,

⁵⁸ Ibidem, p. 214.

que el contrato celebrado por teléfono debe considerarse y regularse como contrato entre presentes. Solución que nos parece satisfactoria por completo."⁵⁹

Retomando el tema que nos ocupa, podemos decir que, el consentimiento de los cónyuges en la utilización de los métodos de inseminación asistida, es de capital importancia, porque si éste no se da de manera tácita, expresa y escrita, y el consentimiento es dado de otra manera, no tendrá validez la utilización de dicho método de fecundación asistida, y sí podrá tomarse como adulterio y por lógica procederá como causal de divorcio.

3. El Espaciamiento de los hijos como Garantía Individual

El fundamento jurídico de la fecundación asistida, lo encontramos principalmente como ya lo mencionamos arriba, en el artículo cuarto constitucional en el segundo párrafo, que fue adicionado y reformado según Decreto Presidencial publicado en el Diario Oficial de la Federación con fecha tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, el cual dispone.

Artículo 4º.- Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

El párrafo anterior contiene el derecho individual, la garantía de libertad que tiene toda persona de procrear y, como derecho social, la planeación familiar;

⁵⁹ ORTIZ URQUIDI, Raúl. Op. cit. p. 117.

derecho que es otorgado a cada persona, por lo que se le considera, asimismo, un derecho natural.

La planeación familiar puede definirse como:

“Un derecho humano fundamental, una libertad individual por medio del cual las personas pueden decidir de una manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamento de sus hijos; obtener la información especializada y los servicios idóneos para ese fin.”⁶⁰

Las personas tienen derecho a decidir de manera libre, es decir, sin presión externa; sin coacción de otra persona o del Estado, sobre el número y espaciamento de sus hijos. Pero esta decisión debe tomarse de manera informada, entendiéndose por esto que debe ser con conocimiento propio. Para eso las personas deben tener previamente acceso a la información, a la educación, a la capacitación, a los servicios que implica la información y ser responsables, esto es, que sean conscientes de su derecho a decidir, derecho de toda persona a la planeación familiar, por lo cual éstas tienen derecho a procrear; por tanto, este precepto es la base legal para que una persona pueda hacer uso de los modernos métodos de fecundación asistida, para lograr la paternidad o la maternidad.

Este artículo al conceder el derecho de planeación familiar, deja entreabiertas dos posibilidades.

⁶⁰ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. Op. cit. p. 196.

“En primer término, para la pareja, la opción de decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos que desean tener, o bien, no tenerlos, y en segundo lugar, en caso de que la pareja sea infértil, puede considerar como factible la utilización de los diferentes métodos de fecundación asistida, para lograr la procreación; y es sobre este supuesto que se desarrolló el presente trabajo.”⁶¹

No queremos terminar este inciso, sin antes señalar lo que al respecto establece la Ley General de Salud, con relación a los métodos de fecundación asistida, porque su regulación se apega de manera directa a nuestro trabajo.

Después de analizar el segundo párrafo del artículo cuarto constitucional, en el que se presentan diversas alternativas con relación al posible uso de los distintos métodos de fecundación asistida, encontré también que existen algunos otros ordenamientos jurídicos de menor jerarquía, en los cuales se contempla el derecho a la planeación familiar, así como el uso de los distintos métodos de fecundación asistida.

La Ley General de Salud fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el siete de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro, y entró en vigor el primero de julio del mismo año.

En el Título Primero, en las Disposiciones Generales, en el Capítulo Único expresa:

⁶¹ Ibidem. p. 197.

Artículo 2º.- El derecho a la protección de la salud tiene las siguientes finalidades:

- II. La prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana;
- VII. El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.

En este precepto puede observarse la atención del legislador para proteger la vida del ser humano, buscando que ésta se desarrolle de manera óptima. Para tal efecto se permite la aplicación de la investigación científica y tecnológica para la salud, tal como se lee en la fracción VII del citado artículo.

El artículo 3º se refiere a la planificación familiar, el cual estipula que:

Artículo 3º.- En los términos de esta ley, es materia de salubridad general V. la planificación familiar

En el Título Tercero, del Capítulo VI referente a la prestación de servicios de salud, nos dice que:

Artículo 67: "La planificación familiar tiene carácter prioritario. En sus actividades se debe incluir la información y orientación educativa para los adolescentes y jóvenes. Los servicios que se presten en la materia constituye un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, con pleno respeto a su dignidad."

Este precepto especifica también el derecho a la planeación familiar, es decir, el decidir de manera libre y responsable el número de hijos que la pareja desea procrear. Empero, en la primera parte del artículo se incorpora la idea de prioridad respecto de los menores y adolescentes, a efecto de informarlos acerca de la planeación familiar, tal prioridad se entiende en función de que los adolescentes forman al llegar a la edad adulta una familia, para ello este precepto encuentra su relevancia en la preponderante necesidad de conscientizar a la juventud de las responsabilidades que conlleva la planeación y formación de una familia.

El artículo 68 nos indica que:

“Los servicios de planificación familiar comprenden:

- I. La promoción del desarrollo de programas de comunicación educativa en materia de servicios de planificación familiar y educación sexual, con base en los contenidos y estrategias que establezca el Consejo Nacional de Población.
- II. La atención y vigilancia de los aceptantes y usuarios de servicios de planificación familiar,
- IV. El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana;

Consideramos este artículo, como uno de los de mayor importancia con relación a mi investigación, pues en su fracción IV menciona que entre los servicios

que comprende la planificación familiar, se hallan el apoyo y fomento a la investigación biológica de la reproducción humana y no tan solo van a apoyarla, sino que fomentan el estudio de ésta y de la planificación familiar.

Ahora bien, en el Título Quinto, que trata sobre la investigación para la salud, se pueden enumerar algunos artículos cuya finalidad es brindar protección al ser humano, así tenemos:

Artículo 96.- "La investigación para la salud comprende el desarrollo de acciones que contribuyan:

1. Al conocimiento de los procesos biológicos y psicológicos en los seres humanos."

En este precepto queda establecida la importancia, de la investigación de los procesos biológicos y psicológicos del ser humano, como factores determinantes de la calidad en la Salud.

La Ley General de Salud al establecer protección a la vida humana desde su inicio; aunque no define cuando se inicia la misma, o bien que es la concepción.

Esta ley protege al ser humano durante su vida y principalmente cuando se trata de hacer investigaciones en el cuerpo del mismo, al efecto los artículos siguientes expresan que:

Artículo 100. "La investigación en seres humanos se desarrollará conforme a las siguientes bases:

- I. Deberá adaptarse a los principios científicos y éticos que justifican la investigación;
- II. Podrá efectuarse sólo cuando el conocimiento que se pretenda producir no pueda obtenerse por otro método idóneo;
- III. Podrá efectuarse sólo cuando exista una razonable seguridad de que no se expone a riesgos ni daños innecesarios al sujeto en experimentación;
- IV. Se deberá contar con el consentimiento por escrito del sujeto en quien se realizará la investigación;
- V. Sólo podrá realizarse por profesionales de la salud, en instituciones médicas que actúen bajo vigilancia de las autoridades sanitarias competentes;
- VI. El profesional responsable suspenderá la investigación en cualquier momento, si sobreviene el riesgo de lesiones graves, invalidez o muerte del sujeto en quien se realice la investigación;

El citado artículo tiene como características proteger al individuo en todas aquellas cualidades de su ser, asimismo, permite a la pareja infértil utilizar algunos de los diferentes métodos de fecundación asistida siempre que no haya riesgos para la misma.

En lo que respecta a órganos y tejidos establece que:

Artículo 327: "Cuando el consentimiento provenga de una mujer embarazada, sólo será admisible para la toma de tejidos con fines terapéuticos si el receptor correspondiente estuviere en peligro de muerte, y siempre que no implique riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción."

Es claro este artículo al reconocer que el producto de la concepción, el embrión o feto, no es un órgano más de la madre, sino que tiene una entidad propia, es otro ser humano, que por razones biológicas depende de la madre para sobrevivir, sin que esa dependencia anule la individualidad. Considera que no es lo mismo la salud de la madre que la del producto, ya que biológicamente son dos personas distintas y puede darse el caso de que se afecte la salud del feto sin afectar la salud de la madre y viceversa, lo cual no podría suceder si se tratara de una sola persona.

Por otra parte, en el Título Decimoctavo de esta Ley, denominado Medidas de Seguridad, Sanciones y Delitos; en el Capítulo IV se refiere a la inseminación artificial, en el artículo 466 que dispone:

Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada, sin la conformidad de su cónyuge.

Como se puede observar esta ley se refiere a la fecundación asistida, sólo en el supuesto de que constituya un delito, pero no especifica los casos en que se puede llevar a cabo, ni los métodos que puedan realizarse y con respecto a la mujer casada, ésta necesita el consentimiento de su cónyuge para ser inseminada.

El Reglamento de la Ley General de Salud, aplicable al tema objeto de nuestro estudio, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, el seis de enero de mil novecientos ochenta y siete, entrando en vigor el siete de enero del mismo año; es un instrumento jurídico protector de la vida y la dignidad humana.

Al respecto el artículo 40 nos expresa lo siguiente:

Artículo 40: "Para efectos de este reglamento se entiende por:

XI. Fertilización asistida: Es aquélla en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga), e incluye la fertilización in vitro.

En este artículo puede observarse que ya se contempla la posibilidad de utilización de los métodos de fecundación asistida.

Con relación a la fracción XI del artículo anterior, el artículo 56 del mismo reglamento añade:

Artículo 56: "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, aún si este difiere con el del investigador.”

Este artículo establece el momento y las circunstancias en que la pareja puede hacer uso de los métodos de fecundación asistida. A saber, para el tratamiento de la esterilidad. Al respecto considero atinado dicho artículo aunque en forma parcial, ya que establece que se respetarán los puntos de vista moral, cultural y social de la pareja no haciendo referencia a la religión y como sabemos en nuestro país la mayoría somos creyentes, ya que existe la libertad de creencias religiosas, además debe establecer que se autoriza solamente a parejas unidas en matrimonio o en concubinato, que tengan como mínimo cinco años de vida en común.

Lo anterior en virtud de que imaginemos qué pasaría si se autoriza la aplicación de cualquier método de reproducción asistida, a personas que no siendo estériles, desean tener un hijo con ciertas características, o simplemente porque la mujer considera que si tiene un hijo con su marido heredará la apariencia física de éste, y ella lo quiere más guapo e inteligente. Ahora en lo que respecta a las personas que se les debe de autorizar la práctica de la fecundación asistida, qué resultado tendríamos si se les autoriza, por ejemplo, a homosexuales o a lesbianas; ¿nacerá el niño en una familia adecuada para su pleno desarrollo psicológico y social?. Considero que no y por lo mismo, propongo que sólo se autorice a parejas unidas en matrimonio o en concubinato.

La evidente exterioridad del derecho dificulta la apreciación de intenciones. La moral, como conjunto de principios rectores de la conducta que adecuen ésta a la naturaleza del ser humano, no es un hecho susceptible de apreciación, menos aún si se pretende que la moral varíe de pareja a pareja.

La incipiente legislación sobre la fertilización asistida (como la llama el mencionado reglamento), demuestra el poco conocimiento que se tiene respecto de las teorías de la fecundación asistida, en cualquiera de sus formas.

“En este sentido el proyecto de recomendaciones redactado por el Comité Ad Hoc de Expertos en el Progreso de las Ciencias Biomédicas (CAHBI), en Estrasburgo con fecha cinco de marzo de mil novecientos setenta y siete, expresa en sus primeros artículos que:”⁶²

Artículo 1. “Las presentes normas son aplicables a la inseminación artificial sólo de una mujer con el esperma de un donante anónimo.”

Artículo 2.1. “La inseminación artificial sólo puede ser practicada cuando existen condiciones apropiadas para asegurar el bienestar del futuro niño.”

Artículo 2.2. “La inseminación artificial debe practicarse siempre bajo la responsabilidad de un médico.”

⁶² LEÓN FEIT, Pedro. Op. cit. p. 226.

Artículo 3.1. "El espermatozoide de una persona no debe utilizarse en vista de una inseminación artificial sin su consentimiento."

Artículo 3.3. "El médico responsable de la inseminación debe vigilar para que los consentimientos sean dados de forma tácita y expresa."

Artículo 6.2. "La persona o el organismo público o privado que ceda espermatozoide para inseminación artificial, no deberá hacerlo con la finalidad lucrativa."

Artículo 7.1. "Cuando la inseminación artificial ha sido practicada con el consentimiento del marido, el niño será considerado como hijo legítimo de la mujer y de su marido."

Artículo 7.2. "Ningún lazo de filiación entre el dador y el niño concebido por inseminación artificial puede ser establecido."

El último artículo menciona que no puede establecerse ningún tipo de filiación entre el donador y el hijo, estoy de acuerdo con ello, pero creo que debe tener derecho a investigar su filiación cuando se viole el secreto del nombre del donador y se cumplan además los siguientes supuestos, que sea abandonado al momento de nacer o que sea desconocido por sus padres legítimos. Esto en virtud de que no es justo dejarlo sin la oportunidad de tener padres, ante la presencia de los supuestos arriba mencionados. Además, creo que es un derecho natural inherente a toda persona, el tener padres.

De igual forma, el mismo Comité, recomienda que:

Si las condiciones relevantes establecidas se han satisfecho, no es posible establecer una relación filial entre el donador de gametos y el niño concebido como resultado de la procreación artificial, con el propósito de promover la integración del niño en la pareja. Sin embargo, debe hacerse notar que esta limitación está sujeta al cumplimiento de las condiciones esenciales diseñadas. Por lo tanto, se pretende reforzar la aplicación de estas condiciones al promover como sanción la posibilidad de establecer la filiación y la obligación de manutención (respecto del donante).

En virtud de lo anterior, considero que es conveniente hacer nuestras las anteriores recomendaciones e incluirlas en el Código Civil en un Capítulo especial al lado de todas las normas que se establezcan acerca de la filiación. En virtud de ser dicho ordenamiento el adecuado para regular no sólo respecto de las consecuencias de la fecundación asistida. Creo que el Reglamento de la Ley General de Salud, también debe determinar los procedimientos higiénicos, chequeos, interrogatorios y sobre los antecedentes familiares de los donantes para detectar en lo posible problemas hereditarios, enfermedades crónicas o incurables, etc.

4. Omisiones de la norma en el Código Civil para el Distrito Federal

Sin lugar a dudas las omisiones del Código Civil para el Distrito Federal son múltiples y muy variadas en lo que a métodos de inseminación artificial se refiere en materia de utilización de los mismos, en razón de que no existe un capítulo especial como se establece en la Ley General de Salud y, si el Código Civil para el Distrito Federal lo regula como causal de divorcio, consideramos que lo establecido en la fracción XX del artículo 267 y en los artículos 326 y 329 del mismo ordenamiento son insuficientes, es por ello, que dicha regulación tiene las siguientes omisiones.

- No se señala si la utilización de los métodos de inseminación asistida se hará mediante un contrato.
- Qué clase de contrato.
- El tipo de consentimiento que el contrato debe tener.
- La forma de expresarse el consentimiento, si será la clásica que ya conocemos, o si se le agregará alguna otra circunstancia.
- La utilización y legalidad de estos métodos de inseminación asistida para que en un momento se pueda hacer la investigación de la paternidad.
- El padre donador del esperma en qué situación quedará en relación al hijo concebido mediante éste método.

- La cuestión hereditaria de los así concebidos en relación a los bienes tanto del padre legal, como del padre biológico, en qué momento el hijo así concebido les podrá demandar alimentos en caso de abandono, a los dos o a uno solo.
- Finalmente, debe ser más clara la fracción en su texto al señalar cómo se utilizaron dichos métodos y en qué momento procede la causal, por la simple utilización o por la inseminación directa y que esté en estado de gravidez la mujer.

5. Comentarios a los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto

Remontándonos a lo que la doctrina nos menciona, la relevancia que tiene el tocar y abarcar la jurisprudencia es en primer lugar, porque es una fuente del derecho, la cual sabemos que es el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales, por lo que las resoluciones que emiten las autoridades judiciales y administrativas, tienen carácter obligatorio respecto de otras autoridades del mismo o menor rango. Y en segundo lugar porque dentro de las resoluciones que pronuncia se encuentran tanto las tesis, como las ejecutorias que la Suprema Corte de Justicia emite en pleno vienen a constituir la jurisprudencia, lo cual será, cuando lo resuelto se sustente en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros.

Por lo tanto la jurisprudencia son normas de carácter general y que las autoridades de menor rango adecuan al sentido de sus fallos, al sentido de las decisiones precedentes.

Entonces y retomando lo anterior, la Suprema Corte de Justicia aún es omisa al emitir jurisprudencia ó algunas tesis relacionadas con el tema a tratar en el presente trabajo, que es la inseminación artificial o técnicas de reproducción asistida, en virtud que aún no han llegado o tienen conocimiento de casos en los que haya tenido que emitir algún fallo, lo que actualmente se puede apreciar es que en cuanto a paternidad, maternidad o filiación conforme a algunas tesis la mayoría de los casos se refieren a hijos de matrimonio; que la filiación se demuestra con el acta de nacimiento, la fe de bautismo, con la pericial genética, con el acta de matrimonio de los padres, mediante el parto y la identidad del hijo en caso de maternidad, por lo que la Corte este tipo de temas los ha ido abordado en algunas tesis como por ejemplo:

“ALIMENTOS PARA MENORES. CUANDO NO SE ALLEGARON LOS ELEMENTOS SUFICIENTES AL JUICIO PARA DETERMINAR LA PROCEDENCIA DE ESE DERECHO O FIJAR EL MONTO DE LA PENSIÓN POR ESE CONCEPTO, EL JUZGADOR DEBE SUPLIR, INCLUSO, LA FALTA DE RECLAMACIÓN DE ESE DERECHO Y LOS ARGUMENTOS QUE TIENDAN A CONSTITUIRLO, ASÍ COMO RECABAR LAS PRUEBAS NECESARIAS AL RESPECTO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).” LOS Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XV, Febrero de 2002, página 758.

"FILIACIÓN. SI NO EXISTE UN PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO O INDICIOS O PRESUNCIONES RESULTANTES DE HECHOS CIERTOS QUE SE CONSIDEREN BASTANTE GRAVES PARA DETERMINAR SU ADMISIÓN, RESULTA INADMISIBLE LA PRUEBA TESTIMONIAL PARA ACREDITARLA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS)." LA

Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito.

Semanario Judicial de la Federación, Tomo XII, Septiembre de 1983, página, 232.

"ACTAS DE NACIMIENTO. LOS APELLIDOS ANOTADOS EN ELLAS TIENEN RELACIÓN DIRECTA CON LA FILIACIÓN DEL REGISTRADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN)." LAS

Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XV, Marzo de 2002, página 1283.

"HEREDEROS AB INTESTADO. PARA PROBAR EL ENTRONCAMIENTO Y FILIACIÓN CON EL AUTOR DE LA SUCESIÓN, CUANDO EL PADRE NO ASISTE AL REGISTRO DE SU NACIMIENTO, DEBEN ACREDITAR EL MATRIMONIO DE SUS PADRES." LOS

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XV, Enero de 2002, página 1295.

“ESTADO CIVIL Y FILIACIÓN. SÓLO SE COMPRUEBAN CON LAS CONSTANCIAS DEL REGISTRO Y NO CON OTROS MEDIOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).” EL

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIII, Junio de 2001, página 702.

“PERICIAL EN GENÉTICA. ES LA PRUEBA IDÓNEA PARA DEMOSTRAR CIENTÍFICA Y BIOLÓGICAMENTE LA PATERNIDAD Y FILIACIÓN.” LA

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VIII, Julio de 1998, página, 381.

“FILIACIÓN DE HIJOS NACIDOS FUERA DEL MATRIMONIO. EN RELACIÓN CON LA MADRE, DEBE ESTAR RECONOCIDA LA MATERNIDAD, PARA QUE SURTA TODOS SUS EFECTOS.” LA

Primer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Segundo Circuito.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo IV, septiembre de 1996, página, 650.

“PETICIÓN DE HERENCIA E INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD Y DEMOSTRACIÓN DE LA POSESIÓN DE ESTADO DE HIJO NATURAL. NO PUEDE DECIDIRSE EN UN SOLO JUICIO, POR DEPENDER UNA ACCIÓN DE OTRA.” LA

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIV, Septiembre de 2001, página, 1344.

“PATERNIDAD, ACCIÓN DE INVESTIGACIÓN DE LA. PROCEDE AÚN CUANDO EL HIJO CONCEBIDO NACIERE DESPUÉS DEL FALLECIMIENTO DEL PRESUNTO PADRE, DE ACUERDO CON LA INTERRELACIÓN DE LAS DISPOSICIONES SUSTANTIVAS APLICABLES.” LA

Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo IV, Agosto de 1996, página 705.

“FILIACIÓN DE HIJOS NACIDOS FUERA DEL MATRIMONIO, EN RELACIÓN CON LA MADRE DEBE ESTAR RECONOCIDA LA MATERNIDAD, PARA QUE SURTA TODOS SUS EFECTO.” LA

Primer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Segundo Circuito.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo IV, septiembre de 1996, página 650.

Observándose además, dentro del criterio de la Corte, que debe salvaguardarse la salud física y mental del menor; tomando en cuenta el interés del hijo, no los intereses de los cónyuges; la imposibilidad del marido de tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que preceden al nacimiento; y que el menor sólo puede investigar su filiación respecto a su padre o madre cuando es mayor de edad, más todo lo anterior implica una omisión respecto a la procreación de los niños resultado de la inseminación artificial o técnicas de reproducción artificial dejando con ello una inseguridad jurídica que viola sus derechos naturales.

CAPÍTULO 4

LA NECESIDAD DE REFORMAR LA FRACCIÓN XX DEL ARTÍCULO 267 PARA QUE SE CONSTITUYA COMO CAUSAL DE DIVORCIO

Como lo hemos venido sosteniendo a lo largo de éste trabajo. La actual fracción XX del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, encierra algunas deficiencias en su redacción, a tal grado que al invocarse no es clara ni precisa cuando debe invocarse como causal de divorcio ni señala cuáles son los métodos de fecundación asistida a que hace referencia, es por ello que, en base a lo señalado, nos permitiremos puntualizar lo siguiente.

1. Planteamiento del problema que encierra la fracción XX

La fracción XX del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, como sabemos, encierra una problemática que de no atenderse a tiempo, acarreará un sinnúmero de problemas de tipo legal, legislativo y jurídico, razón por la cual, tal regulación debe estar acorde con lo que en ella se regula.

En lo referente a la naturaleza jurídica del tema que nos ocupa, se encuentra que son varias las disciplinas jurídicas que lo contemplan, pues es sabido que al tratarse de un derecho inserto en el texto del artículo cuarto constitucional, podemos afirmar que se trata de una garantía individual y más aún de una garantía social, es decir, es inherente a la persona aún cuando la posible afectación de este derecho se diera en la vida de pareja. Como es de saberse uno de los principales objetivos que persigue una pareja al unirse en matrimonio, es el de procrear y

perpetuar la especie. Para ello cuentan con la planeación familiar, así como el uso de los diversos métodos de la fecundación asistida, como un derecho que involucra a ambos como pareja.

Ahora bien, tenemos que la Ley General de Salud y su Reglamento también incorporan en diversos artículos el derecho de la pareja a planear la familia, o en su defecto, el derecho que les asiste para hacer uso de los avances científicos y tecnológicos que en materia de fecundación asistida se han dado. No obstante lo anterior, puede afirmarse que aún cuando los ordenamientos citados mencionan lo que es planeación familiar, así como inseminación artificial, ninguno de ellos tiene una reglamentación detallada respecto de las circunstancias y condiciones en que tales métodos deberán de ser usados por la pareja que lo solicite.

Podemos percatarnos que las leyes no están siempre redactadas de manera clara y precisa, y no han podido preverse todas las situaciones que se presentan en la práctica; de ahí resulta que hay para el jurista, muchos puntos oscuros y controvertidos, más aún con los avances científicos que se presentan constantemente, como lo son los relacionados con la fecundación asistida; por tanto, los autores tienen por misión poner soluciones para esas dificultades. "Pero hay que recordar que la doctrina no representa ningún valor jurídico, sino un mero valor intelectual auxiliar en la aplicación e interpretación de las normas."⁶³

A efecto de evitar estos problemas a la pareja usuaria de los métodos de planeación familiar, así como de la fecundación asistida, consideramos necesaria la

⁶³ GAFO, Javier. Nuevas Técnicas de Reproducción Humana. 2ª edición, Edit. Sista, México, 2001. p. 261.

edición de una reglamentación específica y distinta para el uso de los métodos de la fecundación artificial.

“En la doctrina mexicana con clara visión futurista, se ha planteado la dogmática jurídica de estos nuevos métodos de procreación, por ejemplo, desde el punto de vista del derecho sucesorio, en donde se ha desarrollado el tema de la sucesión del hijo producto de una inseminación artificial.”⁶⁴

Una vez expuesto lo anterior, podemos concluir que en México se requiere una constante actualización de los ordenamientos jurídicos, a fin de incorporar a ellos no sólo los avances de orden científico y tecnológico que puedan dar apoyo al individuo o a la pareja cuya problemática se relacione con la planeación familiar, o el empleo de métodos de fecundación asistida; sino además, deben preverse las causas, condiciones y circunstancias bajo las cuales podrá hacerse uso de ellos.

Puede apreciarse que los métodos de fecundación asistida se hallan en una etapa prelegal, pues aunque algunas leyes los mencionan; ninguna de ellas lo regula de manera específica.

El reconocido maestro Ignacio Galindo Garfias expresa su opinión acerca de la esencia jurídica de la fecundación asistida en estos términos.

“Las consecuencias de la procreación asexuada. La tecnología y la bioquímica permiten la realización del acto sexual sin la procreación y a la vez, han abierto la posibilidad de la procreación sin conjunción carnal.

⁶⁴ HERNÁNDEZ, Saúl. *La Fecundación Asistida y sus Consecuencias*. 2ª edición, Edit. Diana, México, 2002. p. 73.

Puede haber casos en que haya un vínculo biológico sin que exista un nexo jurídico paterno-filial, cuando un hijo es procreado fuera del matrimonio y no se puede determinar quién es el padre. Pero no se da en nuestro derecho el caso contrario; siempre que haya un vínculo jurídico conyugal, existirá la presunción de una relación biológica que sustente la filiación jurídica.

La posibilidad de procreación sin contacto sexual y por lo tanto, sin que exista vínculo de ninguna especie entre el varón que proporciona el semen fecundante y la hembra que aporta el óvulo a fecundar, impone la revisión del concepto de parentesco consanguíneo como nexo jurídico de los miembros de la familia, que como se sabe se define como la relación de derecho que une a todas las personas que descienden de un tronco común. Ocurre que en el parentesco natural o extramatrimonial, si uno de los parientes ha sido procreado por fecundación asistida, se desarticula la relación de parentesco o cadena de generaciones en lo que toca a una de las ramas (la paterna). Parece entonces que el efecto en cuanto al parentesco, será el que éste únicamente podría establecerse en el caso de la inseminación heteróloga a través de la rama materna. Sólo eventualmente podría establecerse el parentesco real por la rama paterna.”⁶⁵

Las anteriores consideraciones generales del maestro Galindo Garfias sobre las implicaciones de la ciencia biomédica en el derecho, tienen por objeto situar el tema que se trata en la presente investigación, en la perspectiva que tendrá en su

⁶⁵ Cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. T. XL. Enero-Junio, Números 169, 170-171, Edit. UNAM, México, 1992. p. 148.

desarrollo para ponderar sus consecuencias en realidad jurídica, de acuerdo con el estado actual de la legislación civil en México, conforme a las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, que se citarán en el desarrollo del presente trabajo.

Dentro de lo que se conoce como ciencia biomédica, quedan comprendidas todas aquéllas manipulaciones que se llevan a cabo en el proceso fisiológico de la fecundación y de la gestación, y las que se efectúan en la ingeniería cromosómica del núcleo vital, la manera de intervenir en la modificación artificial de la conjunción de gametos masculino y femenino y en general, todas aquéllas intervenciones en el proceso de la fecundación y el desarrollo del embrión.

Estas intervenciones biológicas o biomédicas prenatales, afectan necesariamente como ya se dijo a las relaciones de parentesco y a la estructura de la familia y acarrear consecuencias psicológicas y sociales que se reflejan en el ámbito jurídico, en los más variados aspectos.

Será suficiente referirse sólo a algunas de aquéllas consecuencias jurídicas que se proyectan en las relaciones de familia, partiendo del momento de la concepción o fecundación, pasando por el período de la gestación que conducen a la paternidad y maternidad, desde el punto de vista biológico y jurídico.

Dejemos de lado los problemas que suscita el aborto, el embrioncidio, la embrioterapia, la experimentación con embriones, etc., que deben ser examinados fundamentalmente en estudios realizados desde el punto de vista de su aspecto delictivo y de la deontología médica.

Después de esta breve referencia, consideramos pertinente señalar que, la problemática que encierra la fracción XX del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, además, de las ya indicadas de la inseminación asistida, consiste en que no determina ni define cuáles son los métodos de fecundación asistida ni cómo se debe externar el consentimiento del cónyuge ante tal circunstancia, debemos proponer su adición para que contemple las circunstancias antes señaladas y esta fracción pueda ser invocada de manera efectiva sin que existan lagunas en su redacción.

2. Solución del Sustentante a esta Problemática

Como sabemos la tecnología en materia de procreación de seres humanos en la actualidad ha tenido una evolución a niveles insospechados que nuestros antepasados jamás se hubieran imaginado a tal grado, que se ha extendido hasta el derecho, es decir, éste no debe permanecer estático al respecto sino por el contrario debe por medio de sus legisladores sentar las bases para una regulación efectiva sobre éste tópico que cada día se da con mayor frecuencia.

Como lo hemos venido señalando, en la actualidad, la fracción XX del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal es ambigua y oscura en su regulación por que señala que:

“Artículo 267. Son causales de divorcio:

XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge.”

De lo anterior, se infiere que el Código Civil en su articulado no señala lo que debe entenderse por métodos de fecundación asistida, ni como debe otorgarse el consentimiento del cónyuge.

Por lo anterior, consideramos que nuestra propuesta consistirá en que dicha fracción tenga una regulación adecuada tomando en consideración lo que debemos entender por métodos de fecundación asistida o remitirnos a los ordenamientos legales que regulan tal situación. Asimismo, se deberán contemplar los derechos de los hijos concebidos de esta manera, pero esto deberá ser objeto de estudio, quizás de otro trabajo, por lo mismo, sólo nos remitiremos a señalar la conveniencia de adicionar adecuadamente tal fracción.

3. Justificación y demostración de nuestra propuesta

La ley califica la nueva tecnología de la procreación como recurso terapéutico, es decir, es un recurso que tiene por objeto superar la esterilidad de la pareja, cuando no existe otra manera de remediarla.

“Esta disposición obliga al médico a investigar y establecer las causas de la esterilidad (femenina y masculina) de la pareja e intentar mediante los recursos de la medicina solucionar el problema, y solamente cuando ha sido calificada de irreversible, se justificarán las alternativas que se tomen: inseminación artificial en cualquiera de sus modalidades o fecundación in vitro.”⁶⁶

⁶⁶ RAMBAUD, Raymond. *El Drama Humano de la Inseminación Artificial*. 2ª edición, Edit. Oxford, México, 2002. p. 13.

La ley descalifica así el uso innecesario de la tecnología por razones de lucro o de otro orden; evita que la práctica se comercialice, o bien, se utilice caprichosamente, exponiendo a la mujer a tratamientos en sí mismos riesgosos y a la pareja a problemas económicos, psicológicos y morales, explotando sus deseos de procrear.

De la lectura del reglamento se deducen, por exclusión, quiénes no tendrían acceso a las prácticas de fertilización asistida, pues solamente se nombra a las que lícitamente la puedan utilizar: La pareja estable (matrimonio o concubinato) como ayuda para que integren una familia. Ni la mujer sola, ni la pareja heterosexual transitoria y menos aún la pareja homosexual, están incluidos entre los beneficiarios de la fertilización asistida.

Conforme a nuestras costumbres y tradiciones solamente la pareja casada heterosexual debe ser la capacitada legalmente para hacer uso de la nueva tecnología de la procreación. Pese a los embates del libertinaje moral, la institución del matrimonio sigue siendo en nuestro país la forma preferente y apropiada de constituir una familia, pues crea el lazo jurídico que une a la pareja y de él se derivan los derechos y obligaciones de la procreación. La unión, de hecho, por estable que parezca, es irregular y quien busca integrar una familia bien puede comenzar por formalizarla.

Es cierto que el Código Civil reconoce la unión libre y concede a la pareja y a la prole de la pareja así unida, ciertos derechos básicos, pero este reconocimiento se deriva no del interés en alentar esa forma de organización familiar al margen de la

ley, sino hacer frente a una situación de hecho con el loable propósito de proteger a la mujer y a su prole de contingencias que podrían sobrevenir.

“En la exposición de motivos, el Código Civil para el Distrito Federal comenta: Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar la familia, el concubinato. Hasta ahora se habían quedado al margen de la ley los que en tal estado vivían, pero el legislador no debe cerrar los ojos para no darse cuenta de un modo de ser muy generalizado en algunas clases sociales, y por eso en el proyecto se reconoce que produce algunos efectos jurídicos el concubinato, ya en bien de los hijos, ya a favor de la concubina, que al mismo tiempo es madre y que ha vivido por mucho tiempo con el jefe de la familia. Esos efectos se producen cuando ninguno de los que viven en concubinato es casado, pues se quiso rendir homenaje al matrimonio, que la Comisión considera como la forma legal y moral de constituir la familia.”⁶⁷

Podría alegarse que entre el tiempo de la exposición de motivos reproducida y la actualidad, la institución del matrimonio ha sufrido demérito y no pocas parejas ocurren a la unión de hecho, sin vínculo jurídico alguno. Es posible, pero lo que resulta innegable es que los mexicanos seguimos prefiriendo el matrimonio a cualquiera otra institución para iniciar una familia. En consecuencia, si no existe una total equiparación de la ley entre una y otra forma de convivir, si el distingo ante ella es innegable, no existe razón suficiente para ampliar los beneficios de la

⁶⁷ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T. II. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 2003. p. 206.

nueva tecnología de la procreación a la unión de hecho que traería al mundo niños con derechos limitados legal y socialmente; para tales propósitos la pareja debe ser impelida a crear el lazo jurídico que los unirá a sus futuros hijos; antes de proceder a la aplicación de las técnicas de procreación asistida. Como lo expresan los antecedentes del Código Civil, el concubinato sigue siendo producto de la ignorancia y de la pobreza, y de imitaciones extralógicas de parejas desorientadas, añadimos nosotros.

En defensa de la mujer soltera, para efectos del uso de la nueva tecnología, se hace valer el argumento de que las leyes de la adopción las aceptan como capacitadas para adoptar a un niño, de donde, concluyen, se reconoce a la mujer sola como capaz de crear una familia.

“El argumento es una falacia. No es lo mismo proveer a un niño huérfano de un padre o una madre, que siempre es mejor uno que ninguno, que procrear expresamente a un niño huérfano de padre. En tal caso, resulta preferible que recurran a la adopción, siempre necesitada de gente caritativa.”⁶⁸

La tendencia universal es a limitar el uso de las nuevas técnicas de la procreación declarándolas, como lo hace nuestra Ley General de Salud, recurso terapéutico para parejas heterosexuales estables que padecen esterilidad. En consecuencia, quedan excluidas de su uso las parejas fértiles o susceptibles de serlo con un tratamiento curativo, solteras y parejas de homosexuales. Estos últimos,

⁶⁸ ESPINOZA SARZA, Roberto. En Defensa de la Mujer Soltera. 3ª edición, Edit. Diana, México, 2002. p. 202.

con cada día mayor representación, han invocado ciertos derechos a la procreación, común a todo el género humano. Ni la moral ni las buenas costumbres, fuentes innegables de derecho, les reconocen el presunto derecho invocado.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en jurisprudencia establecida ha declarado "en relación con el matrimonio, que la institución del matrimonio es de orden público, por lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial. De ser así, el matrimonio debe ser privilegiado para el uso de las nuevas prácticas de procreación, o fertilización asistida."⁶⁹

En los Estados Unidos las leyes y reglamentos en vigor no son del todo claros en este sentido. El impedimento para que mujeres solteras y parejas homosexuales utilicen la tecnología para sus fines personales, más bien proviene de las clínicas, los médicos y los bancos de gametos como actitud personal, y si bien controlar la inseminación es tarea difícil por la simpleza del procedimiento, aquéllas técnicas para cuya ejecución deban intervenir equipos médicos especializados debe respetarse la limitación legal.

El proyecto de ley francés, excluye a la mujer soltera y obviamente a la pareja homosexual; la Comisión Warnock recomienda que la nueva tecnología esté disponible para aquéllas parejas infértiles "para quienes pudiera ser apropiada; el Grupo Socialista Español se pronuncia porque aún la mujer soltera fértil pueda hacer uso de ella para procrear sin relación sexual y la Comisión de la Comunidad

⁶⁹ SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. T.XV. Octava época. Segunda Sala. Vol. 4 Marzo-Abril, México, 1990. p. 389.

Europea por facilitar la maternidad de las mujeres solas. Es obvio que esta tendencia está fundada en motivos políticos más que en consideraciones de orden sociológico y moral.⁷⁹

Resolver en uno u otro sentido no es acto de rechazo o adhesión a la política de otras naciones; cada una debe resolver de conformidad con su cultura y sus costumbres, así como su política social. En ciertos países la procreación es una necesidad, se están volviendo viejos, y permitir el acceso de las nuevas prácticas a todos los solicitantes es una manera de contribuir a solucionar su problema poblacional. Nuestro problema es distinto y conforme a sus términos debemos legislar.

En la exposición que se ha hecho se incluyeron los problemas de orden psicológico confrontados por parejas estériles que recurrieron a la inseminación heteróloga para solucionar su problema de esterilidad; la procreación es un hecho impactante del seno familiar. Determinar si los problemas que confronta la pareja estéril se aliviarán o agravarán con el advenimiento de hijos, es importante averiguarlo, sobre todo si para tenerlos es preciso recurrir a terceros extraños a la pareja. De allí la necesidad de que antes de proceder a esta clase de inseminación, y como parte de la información exigida por el Reglamento, se les ilustre acerca de esa problemática.

De estos problemas psicológicos confrontados por la pareja se deriva la necesidad de resolver si el donador de esperma o la donadora de óvulos deben o no

⁷⁹ Cit. Por MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 8ª edición, Edit. UNAM, México, 1995. p. 267.

permanecer en el anonimato. Los intereses del niño y los de la pareja que opta por la inseminación heteróloga o la implantación de un óvulo extraño, aparentemente se oponen. Se considera de interés para el hijo el conocimiento de su estirpe, su plena identificación, y la utilidad que en la práctica tiene que conocer sus antecedentes étnicos y genéticos. El interés de la pareja se inclina por el anonimato; ya hemos expuesto las razones al tratarse el tema en los casos expuestos; el eventual lazo sentimental que podría formarse entre el donador y la mujer inseminada, la actitud del marido ante un hijo que sabe no es suyo biológicamente, y por otra parte el ocultamiento de la esterilidad del marido para procrear, son razones suficientes para optar por el anonimato del donador de gametos.

Nuestro punto de vista es que debe mantenerse el anonimato del donador de gametos cuando se recurre a un extraño para hacer posible la procreación. Las parejas que como último recurso aceptan la intervención de un tercero para crear una familia, difícilmente lo harían si supieran que llegada la mayoría de edad del hijo existiría la posibilidad de enfrentar los problemas de carácter psicológico, afectivo y social que implica la revelación de su origen. Tal actitud se opondría a una de las razones del empleo de las nuevas prácticas de procreación asistida: aliviar los problemas psicológicos y sociales de la pareja estéril; de revelarse el origen de la procreación y la identidad del donador el problema solamente se aplazaría hasta en tanto el hijo llega a la mayoría de edad.

La posibilidad de que sean conocidos los detalles de su procreación, motiva y justifica la actitud de muchas parejas que recurren a la inseminación heteróloga, de abandonar los cuidados del médico a cargo una vez que han logrado el embarazo. Es una forma simple de mantener el anonimato a la que han recurrido en otros países las parejas que utilizan esa tecnología.

No cabe duda que uno de los aspectos a cuidar en el caso de inseminación heteróloga es la selección del donador. La ficción de paternidad debe procurarse cuidadosamente haciendo coincidir en lo posible las características somáticas y el origen étnico del donador con la pareja, como de hecho acontece en los casos de adopción cuando se desea realizar esa ficción. La revelación de la situación real de la procreación debe dejarse al criterio y arbitrio de la pareja involucrada.

La selección de los beneficiarios de la fertilización asistida tiene profundas implicaciones sociales, morales y legales, por lo que una liberalización extrema de las prácticas implicaría ignorar el interés público en una adecuada regulación.

El destino de los embriones excedentes de la fecundación in vitro varía de un país a otro. Mientras en unos son utilizados para evaluar la calidad del cultivo en el cual será depositado el embrión seleccionado para ser implantado, en otros simplemente los desechan. Los investigadores biomédicos consideran que los embriones sobrantes son material importante para la investigación en las primeras etapas de la vida para conocer el efecto de sustancias tóxicas y drogas en el organismo humano y para llevar a cabo experimentos genéticos tendientes a prevenir unas enfermedades o curar otras, de allí que la producción de embriones,

aún con el solo propósito de utilizarlos en la investigación, revista primordial importancia. Sin embargo, para quienes fundados en la evidencia, consideran al embrión vida humana que amerita protección legal, las aspiraciones de la comunidad científica son inaceptables.

La congelación de embriones para uso posterior está en pleno desarrollo creando nuevos problemas éticos y legales; algunos embriones han permanecido congelados por varios meses y después han sido donados para su implante, sin considerar los derechos del embrión procreado.

Para algunos, esta tecnología sugiere posibilidades de fecundación selectiva y control de la población, pero también plantea un derecho desterrado desde hace muchos años de la sociedad moderna: el derecho de propiedad de seres humanos, cuyas implicaciones de disposición, destrucción, comercialización, etc., deben ser estudiadas por el Derecho.

De estos problemas y otros que han surgido de las prácticas de la fertilización asistida, debe ocuparse el legislador y estudiosos del Derecho Civil. La experiencia vivida en otros países debe servirnos de material para lograr un reglamento protector de los interesados sociales de nuestra nación.

El primer paso para una adecuada regulación de la actividad relacionada con el empleo de las nuevas técnicas de la procreación asistida, debe ser la formulación de un reglamento especial en la materia, que complemente las normas básicas de la Ley General de Salud a que nos hemos referido, contemplando los diferentes aspectos de la práctica que actualmente permanecen sin regulación apropiada.

Hasta ahora, como se ha visto, la fertilización asistida se encuentra incluida en la investigación para la salud, cuando en realidad no se trata de una investigación sino de la aplicación de sus resultados, generalmente llevada a cabo por instituciones y científicos extranjeros.

Aspecto importante para salvaguardar la salud del niño procreado mediante la inseminación artificial heteróloga (y aún la homóloga) y la fecundación in vitro, es regular la selección del donador de las células germinales, los requisitos que deben exigirse para serlo, el escrutinio a que debe ser sometido el líquido seminal, etc.

4. Texto de la Reforma a la fracción XX del artículo 267 para que se constituya como causal de divorcio

Como sabemos, el divorcio necesario es la disolución del vínculo matrimonial, invocando cualquiera de las fracciones que se señalen en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, aunque algunas de estas son innecesarias y faltas de técnica jurídica para que puedan ser invocadas como causales de divorcio, dando lugar en ocasiones a la improcedencia de estas. Por lo antes señalado y a efecto de no dejar lagunas jurídicas en la fracción XX del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, planteamos su adición a la misma para que esta quede de la siguiente manera:

“Artículo 267. Son causales de divorcio:

- XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, cuando se pruebe que estos no se encuentran dentro de los permitidos por la Ley General de Salud y su Reglamento de aplicación supletoria a este Código, y cuando se pruebe que no se contó al momento del empleo de dicho método profiláctico con el consentimiento expreso de ambos cónyuges, por escrito y sancionado por la Autoridad Competente o Fedatario Público.”**

Con la anterior adición se pretende que el legislador asiente las bases para que, atendiendo a lo claro y generalidad de la Ley, en el Código Civil para el Distrito Federal, no deje lugar a dudas sobre la forma de invocar esta causal y sobre todo la procedencia de ésta, máxime si se otorga el consentimiento expreso de ambos cónyuges.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La esterilidad en la antigüedad, era considerada como una limitante, por un lado para que el Estado pudiera crecer y por otro lado la conservación del apellido de una estirpe o linaje, por lo cual, se crearon medios que ayudaran a fomentar matrimonios que fueren fértiles, ayudando a que se disolvieran los que no, en otros casos la forma de combatirla era mediante la adopción siendo la infertilidad una desgracia humillante.

SEGUNDA: Las funciones que tiene actualmente la familia desde nuestro punto de vista, sirve como un medio de control para regular las relaciones sexuales que existen dentro de la sociedad, ya que sólo está bien visto cuando se realizan dentro del matrimonio y tiende a tener un rechazo con las personas que no las practican bajo éstas circunstancias, como la unión libre y concubinato.

TERCERA: La maternidad, puede demostrarse a partir de dos hecho que son el parto, alumbramiento y la identidad reclamante con el hijo que la mujer dio a luz. Pero a la fecha también puede darse a raíz de la implantación del óvulo fecundado a la cónyuge, de una mujer extraña ya sea con los espermatozoides del esposo o los de un tercero.

CUARTA: En la actualidad, la paternidad puede ser atribuida mediante la inseminación artificial, siempre y cuando se compruebe que existió el consentimiento del cónyuge o concubino para que la mujer fuera sometida a este procedimiento ya sea con elementos de ambos o de terceros.

Q U I N T A: La inseminación artificial es el proceso mediante el cual se realiza la unión del óvulo con el espermatozoide de una pareja solicitante (cónyuges) o con elementos de terceros, para que una vez habiéndose realizado la concepción del embrión, éste sea implantado en la cónyuge o concubina. Puede efectuarse de dos formas, la primera inyectando directamente el semen en la vagina de la mujer y la segunda a través de la utilización de un tubo de ensayo, también se le conoce como inseminación in vitro.

S E X T A: La fecundación asistida puede realizarse de diversas formas, ya sea con elementos de ambos consortes (inseminación homóloga); con un elemento de un cónyuge o concubino(a) y otro de un tercero(a) o donante (inseminación heteróloga); y con una madre sustituta (inseminación heteróloga).

S É P T I M A: La fecundación asistida en sus diferentes modalidades sirve para ayudar a tener hijos a parejas que por tener algún problema de tipo físico o fisiológico no pueden tenerlos de una forma natural. Para llevarse a cabo, tienen que tomarse en cuenta disposiciones que se han discutido internacionalmente como es, la calidad del servicio de quien los presta; la inviolabilidad e inalienabilidad de la persona; la seguridad del material genético humano y el respeto a la dignidad del mismo.

O C T A V A: Respecto a la fecundación asistida, para que ésta tenga una regulación apropiada, será necesario colaborar con nuestros legisladores, además de la participación de abogados y médicos, quienes con sus conocimientos

profesionales pueden hacer que la creación de legislación en ésta materia sea realizada de una forma más adecuada y eficiente, resguardando el anonimato, buscando la seguridad jurídica y económica para el hijo concebido de esta forma, para que este tenga los mismos derechos y obligaciones que un hijo concebido en cualquier matrimonio normal.

N O V E N A: La fracción XX del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal de continuar su redacción como está, traerá muchas controversias y sobre todo, su aplicación como causal de divorcio, será casi nula, por no estar debidamente delimitado.

D É C I M A: La actual fracción XX del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal con la reforma que proponemos debe quedar de la siguiente manera:

"Artículo 267. Son causales de divorcio:

- XXI. El empleo de métodos de fecundación asistida, cuando se pruebe que estos no se encuentran dentro de los permitidos por la Ley General de Salud y su Reglamento de aplicación supletoria a este Código, y cuando se pruebe que no se contó al momento del empleo de dicho método profiláctico con el consentimiento expreso de ambos cónyuges, por escrito y sancionado por la Autoridad Competente o Fedatario Público."

BIBLIOGRAFÍA

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. La familia en el Derecho. 3ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000.

ESPINOZA SARZA, Roberto. En Defensa de la Mujer Soltera. 3ª edición, Edit. Diana, México, 2002.

ESPINOZA SARZA, Roberto. La Inseminación y su problemática jurídica. 7ª edición, Edit. Paidox, México, 1997.

FLORIS MARGADANT, Guillermo. Derecho Privado Romano. 10ª edición, Edit. Esfinge, México, 1992.

GAFO, Javier. Nuevas Técnicas de Reproducción Humanas. 2ª edición, Edit. Sista, México, 2001.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Revista de la Facultad de Derecho de México. T. XL. Enero-Junio, Números 169, 170-171, Edit. UNAM, México, 1992.

GUTMACHER, Alan. Inseminación Artificial Humana. 2ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000.

HERNÁNDEZ, Saúl. La Fecundación Asistida y sus Consecuencias. 2ª edición, Edit. Diana, México, 2002.

HURTADO OLIVER, Xavier. El Derecho a la Vida ¿y a la Muerte?. 2ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000.

LECLERQ, Jacques. La Familia. 3ª edición, Edit. Herder. España, 2000.

LEÓN FEIT, Pedro. Distintos Aspectos de Inseminación Artificial en Seres Humanos. 4ª edición, Edit. Depalma, Argentina, 2000.

MAILLET, Marc. De los bebés de probeta a la Biología del Futuro. 2ª edición, Edit. Diana, México, 1999.

MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 8ª edición, Edit. UNAM, México, 1995.

ORTIZ URQUIDI, Raúl. Contratos Civiles. 3ª edición, Edit. Porrúa, México, 1990.

PÉREZ ANDA, Augusto. Estudio sobre el Divorcio. 2ª edición, Edit. Casa de la Cultura Ecuatoriana, Ecuador, 1999.

PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. 20ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000.

QUINTERO MONASTERIOS, Rubén. Inseminación Artificial. 3ª edición, Edit. Porrúa, México, 2001.

RAMBAUD, Raymond. El Drama Humano de la Inseminación Artificial. 2ª edición, Edit. Oxford, México, 2002.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T. II. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 2003.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. De los Contratos Civiles. 2ª edición, Edit. Porrúa, México, 2001.

SOBREROS, Aquiles. Conociendo nuestro cuerpo. 6ª edición, Edit. Diana, México, 2000.

TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. Los Contratos Civiles y sus Generalidades. 3ª edición, Edit. Mc. Graw-Hill, México, 2001.

ZAMORA VALENCIA, Miguel Ángel. Contratos Civiles. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000.

ZARATE TREVIÑO, Arturo. Ginecología. 2ª edición, Edit. Diana, México, 1999.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS 2 edición
Edit. Sista México 2003.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL 3ª edición Edit. Sista México
2003.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL 2ª
edición Edit. Alco México 2003.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL 3ª edición Edit. Sista México
2003.

LEY GENERAL DE SALUD 2ª edición Edit. Ediar, México 2003.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. T. D-H. 10ª
edición, Edit. UNAM-Porrúa, México, 2001.

Diccionario de la Lengua Española. 2ª edición, Edit. Milenio, México, 2002.

Enciclopedia Médica del Hogar. 12ª edición, Edit. Salvat, México, 2001.

Enciclopedia Jurídica Omeba. T. X. 12ª edición, Edit. Dris-Kill, Argentina, 1998.

OTRAS FUENTES

SAGRADA BIBLIA, Trad. Eloino Nacar y Alberto Colunga. 7ª edición, Edit. Católica, España, 1967.

Cámara de Diputados LVIII Legislatura Exposición de Motivos de la Fracción XX del artículo 267 del Código Civil. 4ª edición, Edit. Congreso de la Unión, México, 2001.

Semanario Judicial de la Federación: T.XV. Octava época. Segunda Sala. Vol. 4 Marzo-Abril, México, 1990.