



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN**

**“EL EMPLEO DE MÉTODOS DE FECUNDACIÓN
ASISTIDA COMO CAUSAL DE DIVORCIO EN EL
DISTRITO FEDERAL Y LA SITUACIÓN
JURÍDICO-FILIAL DE LOS HIJOS”**

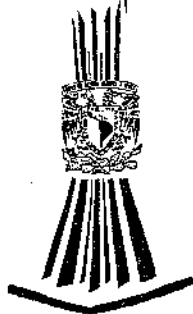
T E S I S

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

P R E S E N T A:

SAMANTHA MARTÍNEZ VERA

**ASESOR:
LIC. VELIA SEDEÑO CEA**



FES Aragón

MÉXICO

2005

m347251



Universidad Nacional
Autónoma de México



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 e impreso el contenido de mi trabajo recapitulación.

NOMBRE: Samantha Martínez Varga

FECHA: 24 de Agosto de 2005

FIRMA: [Signature]

*Quiero dedicar este trabajo principalmente y antes que nada, al
Per celestial que ha transformado mi vida, aquél que me conoce
desde antes de mi formación y hasta el momento en que he de
estar en su presencia, a Él, que me dio el maravilloso regalo de la
vida.*

Gracias por dejarme existir...

*Tú que conoces mis triunfos y derrotas, mis alegrías y mis llantos,
mis defectos y virtudes, mi felicidad y mi tristeza, mi fortaleza y
mi debilidad...*

*Tú, solamente tú sabes el costo y el dolor de llegar hasta aquí, tú,
solamente tú sabes la mágica experiencia que viví para llegar
hasta éste momento...*

*Tú que estás conmigo en mi despertar y mi dormir, tú que nunca
me has abandonado, que siempre estás conmigo en todo
momento...*

*Tú que eres mi esperanza, que dejaste tu mundo celestial y diste la
vida de tu hijo por mí...*

A.M.I D.I.O.S.

*A ti, padre celestial, que eres el creador y sustentador de mi vida,
que sin tu amor y gracia, no hubiera sido posible llegar hasta este
maravilloso momento de mi vida; siendo el principal motivo de mi
vida la esperanza de tu regreso...*

*Para ti mi Dios éste trabajo de Tesis, posiblemente el más
importante de mi vida, que es un fruto de tu andar en mi vida.*

Para ti toda la Gloria y la Honra eternamente Señor.

*Gracias señor porque me has enseñado que siempre estás conmigo
y que las cosas no suceden porque sí, no, todo es un perfecto plan
que tienes para mí. Eres sublime Señor.*

*Gracias por dejarme vivir ésta maravillosa alegría de un triunfo
más.*

¡Gracias mi Dios! .



A MI PADRE.

Gracias a su amor, comprensión, apoyo y cariño, porque con ustedes he podido realizar uno de los más grandes anhelos de mi vida, apoyándome e impulsándome a terminar este trabajo de Tesis, que junto con mi carrera, los valores morales y su amor por mí, constituyen el mejor legado que pudiera recibir, por lo cual les viviré eternamente agradecida.

Gracias por dejarme vivir tanta felicidad, por cuidarme, comprenderme y por dejarme tropezar para aprender.

Gracias por ayudarme a concluir esto que es tan importante para mí y que encierra muchos sentimientos y emociones, lágrimas, desvelos, cansancio, alegrías, sonrisas y dolor, y que ustedes vivieron conmigo siempre, pero sobre todo, gracias por ser los conductos para que yo naciera.

Cualquier palabra es poco para describir lo que siento por ustedes, pero sé que ustedes saben lo que significa que yo diga a cada uno

TE AMO.

Este triunfo es de ustedes y para ustedes.

Con todo mi Amor, Respeto y Admiración.

A MI PADRE.

Para ti papá, que nunca has escatimado tu esfuerzo hasta el día de hoy, para ti que has sacrificado parte de tu vida para formarme y educarme.

Para ti papá, que pacientemente no me has dejado de auxiliar y que siempre has estado conmigo en todos los tropiezos que he tenido.

Para ti, a quien nunca podré pagar todos los desvelos ni aún con mi propia vida, gracias papá.

Este es un homenaje a tu preocupación, a tu cansancio, sacrificio y desvelo por mí.

A MI MADRE.

Para ti mamá, que representas lo más sagrado de mi vida, gracias por proporcionarme la existencia y dejarme vivir en tu vientre, gracias por tu sacrificio y regalarme la vida aún contra las adversidades.

Para ti que me has enseñado a ser fuerte y luchadora, no dejarme vencer. Gracias a ti que me has dado tu maravilloso ejemplo de mujer triunfadora, impulsándome constantemente a continuar siempre adelante.

Gracias por estar conmigo en los momentos más difíciles.

Este triunfo más que mío es tuyo mamá, te amo...

A MI HERMANOS:

FRANCISCO Y JUANA.

Para ustedes como muestra del amor que les tengo y que nos une.

Para ustedes que llegaron a mi vida como un regalo de Dios.

Para ustedes mi queridos hermanos que Dios me los envió para no estar sola y aprender mucho de ustedes.

Para ustedes por todo lo que hemos compartido desde niños y que compartiremos más adelante.

Para quienes deseo lo mejor de mi vida, encontrando el mejor de los caminos que los lleve a cumplir sus objetivos.

Deseo verlos con un triunfo a su lado como éste y más todavía.

Los amo.

Sin olvidar nunca que todos constituimos un solo ser puesto que el amor y nuestra sangre lo exige.

A MI ABUELOS.

Pedro (+) y Micaela (+).

*Para quienes anhelaron tanto éste momento, que aunque físicamente no estén conmigo, lo viven junto a mí.
Para quienes siempre admiré y quienes me enseñaron a tener sed de superación.*

*Para quienes fueron mis segundos padres y que también se desvelaron por mí.
Nunca los olvidaré, los llevaré siempre en mi corazón y en mi mente.*

Por todos esos felices viajes que pasamos juntos, que fueron una gran lección de vida.

Gracias.

A.M.P. ABUELOS.

Angélica y Margarito.

Para ustedes que me enseñaron que el amor y la entrega se dan sin límites y que el camino más cercano a la fe y el triunfo es la sencillez y la humildad.

Para quienes me han visto como una hija más y que han estado junto a mi madre siempre.

Gracias.

A.M.P. TÍOS.

*José (+), Abel, Carlos, Aldo, Virginia (+) Ofelia, y Gabi.
Miguel, Luis, Angelita, Rosario, y Lufe (+).*

Gracias a ustedes y a sus familias, que comparten conmigo este sueño, gracias por intervenir directa o indirectamente en este trabajo, por el apoyo brindado, impulsando mis anhelos a seguir siempre adelante.

Gracias.

A.M.A.R. DEMÁS.

Para ti, que desde que llegaste a mi vida formaste una parte importante de mi existencia.

Para ti, que Dios te tenía para mí.

Para ti, que Él te mandó con un plan de refugio y protección constante para mí

Para ti, que palmo a palmo desde tu noble ingreso en mi ser cambiaste mi vida y me enseñaste a vivir en felicidad plena.

No existe nada más hermoso que mis palabras encuentren tus oídos atentos, así en los momentos más difíciles o en la dicha, pues segura de tu mano avanzo, ya que me llevas al éxito seguro, luchando constantemente para alcanzar nuestras metas.

La inocencia que nos une y el amor incondicional, es la esencia de la voz que se expande por los lugares más desconocidos de la algarabía de lo que somos.

Un pequeño agradecimiento para ti que eres tan grande. Gracias por todo.

TE AMO.

A.M.I.P. A.M.I.G.O.P.

Por todos los momentos que hemos compartido juntos y por su amistad incondicional, porque siempre han estado conmigo, y porque nunca olvidaré el apoyo que me brinda cuan los necesito. Gracias por sus palabras, sus consejos, y por su tiempo. Gracias por permitirme ser su amiga.

Y también a los nuevos amigos que no es necesario mencionar. A todos y cada uno de ustedes Gracias.

CON ESPECIAL AFECTO, NOFELICIA Y
AGRADECIMIENTO ETERNO A MI ALMA MATER.

Para mi UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO, en especial para mi FACULTAD DE ESTUDIOS
SUPERIORES AGRÍCOLAS.

Con el inmenso sentimiento de orgullo, alegría y satisfacción que
experimento por ser Universitaria.

Por todo lo que me has dado sin pedir nada a cambio, solo ser
parte de ti y estudiar para poder vivir éste logro.

Por haberme otorgado un espacio que me permitió forjarme como
ser humano y profesionalista. Marca imprescindible que me
ennoblece y me llena de orgullo.

Gracias a ti que dentro de tus aulas fui tan feliz.

Gracias por acogerme entre tus brazos entregándome un regalo
maravilloso.

Gracias porque en ti conocí la amistad, la lealtad, la honestidad y
el triunfo.

Para ti que me enseñaste a ser una profesionalista sencilla y
humilde, con valores firmes, pero siempre con sed de triunfo.

Gracias por ser mi segunda casa.

Te amo y algún día devolveré todo lo que me has dado.

A MI FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
AGRÍCOLAS.

Que me dejaste formar parte de una de tus filas, en las que viven
y mueren las ilusiones de aquellos que buscan la superación, el
engrandecimiento humano y el logro de la profesión que la vida
me otorgó.

Soy tuya.

A.M.F. McEPPROP.

A todos y cada uno de los maestros que durante mi carrera me brindaron sus consejos, sus conocimientos, amistad y comprensión.

*Gracias por su tolerancia y por su humilde profesión.
Eternamente agradecida por los conocimientos humanos y
profesionales que me brindaron.*

Gracias.

A.M.F. APÉPROA.

Lic. Velia Sedeño Cea.

*A quien Dios puso en mi camino como mi asesora. Una persona
especial en quien se conjuga el sentido humano y profesional.
Gracias por su comprensión, enseñanzas, atención tiempo, apoyo y
amistad. A quien admiro y respeto con mucho cariño, y que sin su
apoyo no hubiera podido realizar éste ideal.*

Gracias.

"POR MI PUEBLO HABLA EL ESPÍRITU"

Samantha Martínez Vera.

**"EL EMPLEO DE MÉTODOS DE FECUNDACIÓN ASISTIDA COMO CAUSAL
DE DIVORCIO EN EL DISTRITO FEDERAL Y LA SITUACIÓN JURÍDICO-
FILIAL DE LOS HIJOS"**

ÍNDICE.

	Pág.
INTRODUCCIÓN.	1
CAPÍTULO PRIMERO. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DIVORCIO Y LA FECUNDACIÓN ASISTIDA.	
1.1 DERECHO ROMANO.	2
1.2 DERECHO CANÓNICO	10
1.3 DERECHO ESPAÑOL	12
1.4 DERECHO FRANCÉS	16
1.5 DERECHO MEXICANO.	19
1.6 EL DIVORCIO SEGÚN LOS CÓDIGOS CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1870 Y 1884.	23
1.7 EL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL	25
1.8 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS MÉTODOS DE FECUNDACIÓN ASISTIDA.	28

CAPÍTULO SEGUNDO. EL DIVORCIO Y LA FECUNDACIÓN ASISTIDA.

2.1 DIVORCIO	37
2.1.1 NATURALEZA JURÍDICA DEL DIVORCIO.....	39
2.1.2 CLASES DE DIVORCIO.....	39
2.1.3 CAUSALES DE DIVORCIO	46
2.1.4 EFECTOS JURÍDICOS DEL DIVORCIO	49
2.2 LA FECUNDACIÓN	52
2.2.1 LA CONCEPCIÓN.....	54
2.2.2 INFERTILIDAD O ESTERILIDAD.....	56
2.2.3 ANOMALÍAS FÍSICAS O TRASTORNOS FUNDAMENTALES QUE IMPIDEN LA FECUNDACIÓN NATURAL	57
2.2.4 LA FECUNDACIÓN ASISTIDA.....	61
2.2.5 INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA.....	65
2.2.6 INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA.....	67
2.2.7 MÉTODOS Y TÉCNICAS DE LA FECUNDACIÓN ASISTIDA.....	69
2.2.7.1 FERTILIZACIÓN "IN VIVO".....	71
2.2.7.2 FERTILIZACIÓN "IN VITRO".....	75
2.2.7.3 TÉCNICAS DE MICROINYECCIÓN.....	78
2.2.7.4 TÉCNICAS COADYUVANTES DE LA FECUNDACIÓN ASISTIDA.....	80

CAPÍTULO TERCERO. MARCO JURÍDICO DE LA FECUNDACIÓN ASISTIDA Y LA FILIACIÓN.

3.1 LA FECUNDACIÓN ASISTIDA COMO ACTO JURÍDICO.....	85
3.1.1 NATURALEZA JURÍDICA DE LA FECUNDACIÓN ASISTIDA	88
3.1.2 PRINCIPIO DE PERSONALIDAD APLICADO AL PRODUCTO DE	

LA CONCEPCIÓN A TRAVÉS DE LA FECUNDACIÓN ASISTIDA	93
3.1.3 LA FECUNDACIÓN ASISTIDA Y SU RELACIÓN CON EL ABORTO.....	95
3.2 GENERALIDADES SOBRE LA FILIACIÓN	98
3.2.1 CONCEPTO DE FILIACIÓN	100
3.2.2 CLASES DE FILIACIÓN.	102
3.2.3 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FILIACIÓN.	107
3.2.4 LA FILIACIÓN MATRIMONIAL	111
3.2.5 LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.	112

CAPÍTULO CUARTO. EL EMPLEO DE MÉTODOS DE FECUNDACIÓN ASISTIDA COMO CAUSAL DE DIVORCIO EN EL DISTRITO FEDERAL Y LA SITUACIÓN JURÍDICO FILIAL DE LOS HIJOS.

4.1 CONSENTIMIENTO MUTUO DE LOS CÓNYUGES PARA EMPLEAR MÉTODOS DE FECUNDACIÓN ASISTIDA.....	117
4.2 SITUACIÓN JURÍDICO FILIAL DEL HIJO NACIDO A TRAVÉS DE LA FECUNDACIÓN ASISTIDA SIN CONSENTIMIENTO DE UNO DE LOS CÓNYUGES.	105
4.3 RELACIÓN PATERNO-FILIAL DE LOS HIJOS CONCEBIDOS A TRAVÉS DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL SIN CONSENTIMIENTO DE UNO DE LOS CÓNYUGES Y EL DIVORCIO.....	132
4.4 PROPUESTA DE TEXTO DE REFORMAS Y ADICIONES AL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL QUE SE SUGIEREN.....	134

CONCLUSIONES.	138
BIBLIOGRAFÍA.	142
HEMEROGRAFÍA.	146
LEGISLACIÓN.	147

INTRODUCCIÓN.

El matrimonio es una institución jurídica que rige la vida en común de los consortes. El vínculo jurídico que se crea entre el marido y la mujer implica una entrega mutua entre los cónyuges. Desde éste punto de vista, el matrimonio es una institución natural y social .

El matrimonio es la unión física y espiritual de dos personas de sexos diferentes. Hombre y mujer son sexos complementarios; por ende pueden unirse conyugalmente. Las diferencias entre el varón y la mujer no son únicamente físicas, sino además, psicológicas, emocionales, afectivas, etcétera.

No por ello podemos pasar por alto que el marido y mujer aún cuando son individuos distintos por naturaleza, cada uno goza de la misma integridad y tiene los mismos derechos, tal y como se reconocen en el artículo 168 del Código Civil para el Distrito Federal.

La familia es la base de la sociedad y el matrimonio la institución natural de la que ésta emana, de tal manera que el matrimonio asegura la estabilidad, la permanencia y la seguridad jurídica indispensable para la adecuada convivencia e integración de los cónyuges, para el auxilio mutuo de los mismos, pero sobretudo para la procreación de los hijos, ya que éstos son la base de la familia.

En éste sentido el texto del artículo 146 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, refiere: "Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua **con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada...**" la excepción de ésta regla general es la eventualidad de la no - procreación, independiente del motivo de la misma. Por

ende, la perpetuación de la especie como finalidad connatural del matrimonio no puede admitirse como regla general.

El artículo 162 del ordenamiento jurídico en comento señala: "... los cónyuges tienen derecho de decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier **método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges**".

Eventualmente alguno de los cónyuges no puede o no quiere procrear hijos, teniendo el derecho a la paternidad y maternidad responsables, es decir, a la perpetuación de la especie, con la facultad de decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Sin embargo, ante los nuevos métodos y técnicas de reproducción asistida, es cada vez más frecuente que alguno de los cónyuges recurra a alguna de ellas, favoreciendo la fecundación cuando ésta no puede o no quiere ser realizada mediante la cópula y sin el consentimiento del cónyuge.

Cuando el cónyuge recurre a dichas técnicas sin el consentimiento de su pareja, contraviene el respeto, la igualdad y la confianza que debe seguir dentro del matrimonio, por lo que tanto en el Distrito Federal y en el Estado de México ésta situación es causal de divorcio.

El divorcio es la forma legal de extinguir el matrimonio y por causas sugeridas con posterioridad a la celebración del mismo, el cual permite a los divorciados contraer un nuevo matrimonio válido.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal enumera varias causas de divorcio, entre ellas se señala el empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento del otro cónyuge.

La cual apuntada se incluye en concordancia con lo previo en los artículos 162, 293 y 326 del ordenamiento objeto del presente estudio, en los cuales se faculta a los cónyuges de emplear cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia, siempre y cuando ejerzan éste derecho de común acuerdo; se establece el parentesco por consanguinidad con relación al hijo concebido mediante la reproducción asistida; y se prevé que el marido no podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mientras ese tipo de reproducción, si consintió en ella.

Como se puede observar dicha causal de divorcio es de trascendencia e importancia, ya que un elemento del matrimonio es el mutuo acuerdo y si uno de los cónyuges no cumple con éste, incurre en dicha causal, procede el divorcio, por lo que la propuesta en el presente trabajo es la normatividad de la utilización de métodos de fecundación asistida como causal de divorcio en el Distrito Federal.

Ahora bien, el presente trabajo tiene como objeto el estudio de la filiación y su relación con la Fecundación Asistida cuando ésta se realiza sin el consentimiento de uno de los cónyuges. Cabe hacer notar que los hijos son iguales de dignidad y en derechos independientemente de su origen. Pero también el cónyuge que no da consentimiento para que su pareja sea inseminada artificialmente.

En el presente trabajo estudiaremos las generalidades de la filiación, las consecuencias jurídicas y de la situación jurídica de los hijos nacidos a través de la Fecundación Asistida; lo cual nos permitirá proponer textos de reformas y

adiciones al Código Civil vigente para el Distrito Federal; ya que en la actualidad es necesaria una legislación al respecto y no ser omisos a tal problemática; ya que en los últimos años se ha convertido en un tema de reflexión y gran polémica, pues es necesario crear un derecho que proteja y tutele al ser concebido por medio de la Inseminación Artificial y al cónyuge que no otorgue su consentimiento expreso.

En el primer capítulo del presente trabajo, estudiamos los antecedentes históricos del divorcio, desde Roma y hasta la actualidad, esto con el objeto de comprender y conocer los antecedentes del divorcio.

En el segundo capítulo haremos un marco conceptual, es decir, estudiamos los conceptos más importantes que enmarcan nuestro estudio, con el objeto de comprender mejor el significado de todos y cada uno de ellos, pues los referiremos durante el desarrollo de nuestro trabajo.

Dentro del tercer capítulo analizaremos el marco jurídico que refiere el empleo de métodos de fecundación asistida, el que nos servirá de base para ésta causal. Para ello, utilizaremos como ordenamiento jurídico, nuestra Carta Magna, la Ley General de Salud, y el Código Civil para el Distrito Federal.

Estudiaremos los métodos de fecundación asistida, las técnicas utilizadas y las consecuencias jurídicas de las mismas. También estudiaremos las generalidades de la filiación y sus consecuencias jurídicas.

En nuestro cuarto capítulo culminaremos con el estudio de la situación jurídico-filial del hijo concebido a través de la Fecundación asistida sin el consentimiento de uno de los cónyuges y su relación con la situación paterno-filial, destacando la bilateralidad y reciprocidad de derechos y obligaciones entre los cónyuges y los hijos.

Para realizar nuestro estudio, utilizaremos el método deductivo, es decir, partiremos de lo general para llegar a lo particular, es decir, estudiaremos el divorcio como un hecho general, para llegar al estudio de la fecundación asistida como causal de divorcio y posteriormente estudiar la situación jurídica que sufre el concebido a través de la fecundación asistida realizada dentro del matrimonio sin el consentimiento del cónyuge.

Al realizar nuestro trabajo utilizaremos los métodos analítico, sintético e histórico, ya que en el método analítico desmembraremos una causal de divorcio, para posteriormente con el método sintético reconstruir un todo mediante los elementos distinguidos por el análisis.

La técnica a utilizar en nuestro trabajo será documental, consistente en la búsqueda y recopilación de información en documentos escritos, como los diccionarios, enciclopedias, libros, etcétera.

CAPÍTULO PRIMERO.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DIVORCIO Y LA FECUNDACIÓN ASISTIDA.

Uno de los problemas que afronta la sociedad mexicana, es la utilización de los métodos de reproducción asistida sin el consentimiento de su cónyuge, tal situación se ha configurado como una causa de divorcio en el Distrito Federal, pero un problema mayor es el de la situación filial que tendrá el hijo que nazca como consecuencia de dicha inseminación artificial y las reglas que rigen la filiación de los hijos nacidos como producto de la utilización de métodos de fecundación asistida.

Para poder comprender lo complejo de dicha causal y la situación jurídica del menor, es necesario conocer todos y cada uno de los antecedentes más importantes del divorcio; así mismo, es importante conocer los ordenamientos jurídicos que han servido de base para la creación de las leyes que actualmente rigen en el Distrito Federal.

Es necesario hacer referencia a los antecedentes históricos de los métodos de fecundación asistida; saber cómo y cuándo surgió la Fecundación Asistida.

Estudiaremos la Fecundación Asistida desde los tiempos más remotos y su avance a lo largo de la historia, hasta llegar a nuestros días.

A lo largo de la historia, la aceleración del conocimiento biológico de los fundamentos de la vida y la posibilidad de disociación entre sexualidad y procreación, han planteado al hombre una larga relación de nuevas interrogantes, para cuya respuesta, no se encuentra preparado. La ciencia ha comenzado a responder a preguntas que estaban pendientes desde siempre y que han abierto las puertas a otras nuevas cuestiones científicas. Pero lo que ha ocurrido es que

tales dilemas han rebasado los límites del laboratorio o de la obra especializada y han entrado de lleno en todos los ámbitos sociales.

De tal manera que es importante conocer los antecedentes históricos de la Fecundación asistida para comprender porqué se considera como causal de divorcio.

1.1. DERECHO ROMANO.

Como antecedente, cabe anotar que para el Derecho Romano la existencia de una persona física requería que ésta naciera viva, viable y con forma humana, pero exigía además que todo nacido reuniera los tres estados:

- a) Ser libre (status libertatis).
- b) Ser ciudadano romano (status civitatis).
- c) Ser independiente de la patria potestad (status familiae)".¹

De estos tres status dependía, el que se tuviera capacidad jurídica de goce, otorgando ciertos derechos de los que carecían los que no gozaban de tales atributos (status).

En el Derecho Romano se podía presentar la extinción de la personalidad jurídica aún en vida, cuando el individuo sufriera cambios respecto del orden jurídico, conocidos como capitis diminutio, asumidas de tres formas distintas:

- 1. La máxima, cuando el individuo libre pierde su libertad y deviene a ser esclavo.
- 2. La media, cuando aún conservando la libertad, pierde la ciudadanía romana.
- 3. La mínima, en el caso de que cambie de condición dentro de su seno familiar, cayendo sobre la patria potestad de un paterfamilias (pasando de sui iuris a ser alieni iuris) o cambiando de potestad de un paterfamilias a otro."²

¹ MARGADANT FLORIS, Guillermo. El Derecho Privado Romano. 6ª edición, México, Editorial Esfinge, 1975, pág. 119.

² BIALOSTOSKY, Sara. Panorama de Derecho Romano. México, Textos Universitarios UNAM, 1982, pág.51.

La personalidad jurídica y todo lo que ella implicaba tenía gran importancia para contraer matrimonio (*justae nuptiae*).

Sobre la institución del matrimonio los Romanos tuvieron una concepción muy particular, fue el fundamento legal de la familia durante todas las épocas del Derecho Romano.

Los Romanos definían el matrimonio como "la unión del varón y a hembra y comercio de toda la vida, comunicación del derecho divino y del humano".³

Es importante señalar que esta institución no fue considerada un acto jurídico, sino que era una situación fundada en la convivencia o cohabitación y en la intención permanente de vivir como marido y mujer, aunados a la finalidad natural de procrear hijos.

"Por lo tanto, el matrimonio Romano constaba de dos elementos fundamentales: la cohabitación, que podía contraerse hasta cuando el marido estuviera ausente, siempre que la mujer entrara a su casa, sin embargo, si la mujer era la ausente esto impedía el perfeccionamiento del matrimonio; y un segundo elemento era subjetivo o intencional, llamado "*afectio maritalis*", que consistía en la intención duradera y continuada de ser marido y mujer."⁴

La celebración del matrimonio no exigía formalidad alguna ni un registro especial, pero se debía externar a fin de demostrar la intención material mediante la declaración de los esposos y parientes y sobre todo el "*Honor Matrimonii*", que era el modo de comportarse, en sociedad de los cuerpos.

El matrimonio en Roma siempre tuvo un carácter severamente monogámico y no podía someterse a plazo o condición.

³ ARGUELLO, Luis Rodolfo. Manual de Derecho Romano. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1976, pág.455.

⁴ *Ibidem*. Pág. 147.

Durante el Derecho Romano antiguo el matrimonio se realizaba de la forma "Cum Manu", en la cual la mujer salía de la Patria Potestad de su padre y caía bajo la manus de su marido o del paterfamilias, o perdía la calidad de sui iuris (si la tenía) y devenía alieni iuris a formar parte de la familia del marido, suspendiéndose la Patria Potestad y rompiendo todo vínculo con su familia.

En este tipo de matrimonio surgía el derecho de la manus. Para que el marido adquiriera tal potestad se requería un acto legal especial.

La manus podía adquirirse por:

- a) Confarreatio.- constituida por una ceremonia religiosa solemne que se llevaba a cabo en presencia de diez testigos y de un sacerdote, en la que los desposados se hacen recíprocamente interrogaciones y declaraciones.
- b) Coemptio.- consistente de una venta ficticia utilizando la mancipatio, declarándose que tal venta era por matrimonio y no por esclavitud.
- c) Usus.- en este certificaban las formas propias de la Usucapión y el marido adquiría la manus por la simple convivencia ininterrumpida de un año, con la mujer.

Para evitar contraer la manus por usus, la mujer podía interrumpir esta convivencia ausentándose de la casa del marido durante tres noches.

Poco a poco el Derecho Clásico el matrimonio Cum Manu, fue desplazado con otra forma de matrimonio el Sine Manu, que era el medio utilizado por el paterfamilias para procurarse hijos sin agregar a su familia a la mujer que aceptaba dárselos.

En esta forma de matrimonio no se rompían los lazos de unión de la mujer con la familia original. Si la mujer era alieni iuris continuaba sometida a la potestad de su padre, y si era sui iuris debería serle nombrado un tutor pues el marido no podía desempeñar tal cargo.

El matrimonio no era accesible a cualquier individuo, ya que solo podían contraerlo los que reunieran los tres status ya referidos, además de los siguientes requisitos:

a) Que los desposados tuvieran aptitud legal, esta la tenían solo los ciudadanos romanos quedando excluidos peregrinos, latinos y esclavos.

b) Tener la capacidad biológica de poder engendrar y concebir. Esta capacidad según sabemos, se determinaba mediante una inspección corporal, en tanto que para Justiniano y los proculeyanos la mujer la alcanzaba a los doce años y los varones a los catorce años de edad.

c) El consentimiento sin vicios, de los contrayentes o de los paterfamilias cuando los desposados fueran alieni iuris. Este elemento era de vital importancia ya que para los Romanos las nupcias no dependían del concúbito, sino del consentimiento".⁵

En el Derecho Romano los impedimentos para poder contraer matrimonio se dividieron en dos grupos:

1) Los que constituyen impedimentos absolutos, y por lo tanto producen la nulidad del matrimonio.

2) Los impedimentos relativos, que daban lugar a multas, sanciones disciplinarias, etcétera, pero no a la nulidad del matrimonio."⁶

Entre los impedimentos absolutos tenemos:

a) Estar castrado o ser estéril, pero no alcanza este impedimento a aquellos que fueran estériles o impotentes de nacimiento.

b) El hecho de hacer voto de castidad y el haber ingresado a las órdenes mayores, este impedimento evidencia la influencia del Cristianismo.

En cuanto a los impedimentos relativos tenemos:

a) El parentesco, en el antiguo Derecho la prohibición en línea recta natural o adoptiva llegaba hasta el infinito y en la línea recta colateral variaba entre los tres y cuatro grados, en cuanto al parentesco por afinidad, el impedimento era total en línea recta y en la colateral variaba según la época. La influencia religiosa, se

⁵ *Ibidem*, Pág 461

⁶ MARGADANT, *op. cit.* pág. 208.

estableció como impedimento el tener parentesco de tipo espiritual, ejemplo de ello lo tenemos con el padrino y la ahijada.

b) Por razones religiosas, como el caso de los herejes, judíos.

c) El desempeño de ciertas funciones públicas o privadas como al tutor y la tutelada.

d) La diferencia de rango social, ejemplo del mismo: Patricios y Plebeyos.

Referente a este impedimento el emperador Justino abolió la prohibición, y posteriormente Justiniano dispuso que cualquiera que fuese la dignidad que revistiera el marido podía casarse con la mujer de cualquier clase o profesión.

e) La existencia de relaciones de tutela o curatela entre los desposados.

La existencia de los requisitos e impedimentos para contraer matrimonio o justas nupcias, produjo ciertos efectos jurídicos, con relación a los cónyuges y a los hijos.

Con relación a los cónyuges tenemos:

La fidelidad, era la principal consecuencia jurídica del matrimonio; el adulterio cometido por la mujer constituía un delito de orden público, en tanto que el caso del hombre no lo constituía solo que lo cometiera en el domicilio conyugal pero si no lo hacía así no era causal de divorcio.

El deber de cohabitar de la mujer con el marido.

El deber del marido de proteger a la mujer y de presentarla y representarla en la justicia.

La obligación recíproca de suministrarse alimentos, según las posibilidades del que los daba y las necesidades del que los recibía, efecto que plasmó el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 311.

La mujer tenía prohibido fungir como fiadora del marido.

La prohibición de ejercer acción en contra del cónyuge, sobre todo aquellas que carecían de infancia.

Respecto de los hijos encontramos:

Los hijos nacidos dentro del matrimonio caían automáticamente bajo la potestad del progenitor.

La filiación, esta podía ser legítima, o ilegítima era legítima cuando el hijo nacía dentro del legítimo matrimonio y en período comprendido entre los ciento ochenta días después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos de la disolución. En tanto que la ilegítima aunque naciera bajo esas circunstancias y fuera a atribuirle la personalidad, el marido podía desvirtuar esta presunción si probara la impotencia material de cohabitar con su mujer o impotencia para la unión carnal.

En cuanto a los alimentos, los hijos legítimos tenían derecho a exigirlos si no tenían modo de subsistir por sus propios medios, por lo que éstos eran reclamables en primer lugar al padre y a la madre, y en defecto de ellos a los abuelos.

El respeto y la obediencia que los hijos deben a los padres.

Una vez reunidos los requisitos para contraer matrimonio y consumado el perfeccionamiento del mismo, podía darse el caso de que éste se llegara a disolver. El matrimonio en el ordenamiento Jurídico Romano se disolvía por las siguientes causas:

“Por muerte de alguno de los cónyuges, que era el medio natural de extinción, a la muerte debía equipararse la ausencia.

Por la pérdida de la capacidad matrimonial, en los casos de *capitis diminutio media*, ya que el matrimonio lo contraían quienes tenían la ciudadanía romana únicamente.

Por sobrevenir un impedimento, que se producía si el suegro adoptaba al yerno de modo que este se volvía hermano de su esposa, situación que se podía evitar si el suegro antes de adoptarlo emancipaba a su hija (*incesto superveniente*).⁷

Por divorcio o *repudium*, para los romanos rigió el principio de que el matrimonio era una institución esencialmente disoluble y por aplicación de tal principio los cónyuges no podían obligarse contractualmente a no divorciarse, ni dificultar el divorcio con penas convencionales, por tanto, para el Derecho Clásico Romano no era necesario una causa para legitimar el divorcio, ya que el matrimonio era una institución fundada en la cohabitación y el *affectio maritalis* (afecto conyugal); al desaparecer ésta última no debía subsistir el matrimonio y por consecuencia se disolvía el mismo al producirse el divorcio.

En tiempos clásicos el divorcio tenía lugar por convenio no formal o por declaración de uno de los esposos, una excepción a esta regla fue la establecida por la *Lex Iulia de Adulteris*, al requerir que el repudio se hiciera por liberto en presencia de siete testigos; pero aún la declaración no formal era bastante para disolver el matrimonio.

En la Época postclásica, con Justiniano se introdujo el uso de redactar un documento para formalizar el divorcio (*libellus-repudiij*), lo que más tarde se tomó como existencia legal, sin embargo, se siguió permitiendo la declaración ante siete testigos. A la mujer no le estaba permitido divorciarse situación que cambió al finalizar la Época republicana.

⁷ ARGUELLO, *Op. Cit.*, pág. 467.

La facilidad de obtener el divorcio redujo las costumbres romanas y con ella la inestabilidad y pérdida del valor moral y religioso del matrimonio. Por lo que a partir de Constantino, los emperadores cristianos inician su lucha contra la facilidad del divorcio pero no llegan a negarle validez al mismo; combaten el divorcio empezando por distinguir el divorcio por mutuo consentimiento y aquel que surgía por decisión unilateral, respetándose al primero y limitándose al segundo al fijar las causas por las cuales un cónyuge podía obtenerlo sin que la otra parte consintiera en ello, castigándolo si no se comprobaba la exigencia de una de las causas fijadas para ello.

Justiniano ordenó numerosas disposiciones limitativas del divorcio y distingue cuatro tipos:

Divorcio por mutuo consentimiento, que era plenamente lícito siempre que mediare justa causa.

El repudium o divorcio unilateral, era lícito cuando se daban algunas de las siguientes causas para la mujer:

- a) Adulterio probado de la mujer o por malas costumbres de la misma.
- b) Cuando la mujer cubriera al marido maquinaciones contra el estado.
- c) Alejamiento de la casa del marido sin consentimiento de este.
- d) Atentado contra la vida del marido.
- e) Trato con otros hombres contra la voluntad del marido.
- f) La asistencia de la mujer a espectáculos públicos sin consentimiento del marido.

En relación al hombre se daban las siguientes causas:

- a) Cuando existía traición del marido.
- b) La falsa acusación de adulterio por parte del marido.
- c) Atentado en contra de la vida de su mujer.

El divorcio unilateral sin causa legal, no se reconocía como lícito y daba lugar a un castigo para el cónyuge que lo provocara. Las penas que acarreaban este divorcio consistían en el retiro forzado, junto con la pérdida de la dote y la donación nupcial o la cuarta parte de los bienes cuando esta no se hubiere constituido.

El divorcio Bona Gratia, no se basaba en circunstancias que hacían inútil la continuación del matrimonio, como en los siguientes casos:

- a) Por impotencia incurable.
- b) Por existir votos de castidad.
- c) Si se hubiere producido cautividad de guerra, en tal caso el cónyuge libre no podía contraer nuevas nupcias hasta pasados cinco años, desde el tiempo de la cautividad.

Más tarde en la edad media, el Derecho Canónico continúa su exitosa lucha contra el divorcio llegando a declarar que el matrimonio es indisoluble por naturaleza, permitiendo la separación únicamente como remedio para situaciones difíciles, pero ya no un divorcio en cuanto al vínculo sino en cuanto a la cama y mesa o sea la separación de cuerpos.

1.2. DERECHO CANÓNICO.

Desde los primeros tiempos, la iglesia reaccionó en contra del divorcio, estableciendo la indisolubilidad del matrimonio.

En Inglaterra, la reforma fue provocada por el Rey Enrique Octavo quien deseaba casarse con una dama de la Corte, Ana Bolena. El papa se negó a ello, entonces el monarca reunió en 1533 una asamblea de obispos ingleses que le acordaron el divorcio y le proclamaron jefe supremo de la Iglesia Británica."⁸

⁸ COLIN, Ambrosio. Curso Elemental de Derecho. Madrid, Editorial Reus, 1998, págs. 438 y 439.

"El procedimiento para obtener la separación de cuerpos lo ha establecido el Derecho Eclesiástico, en el cual el cónyuge inocente puede separarse en caso de adulterio, herejía y presunción de muerte. En estos casos intervenía un Juez eclesiástico competente."⁹ El Juez competente es el obispo, que conocía de divorcio y de todas las incidencias de éste, perteneciendo a la competencia de los jueces civiles el conocer de los preliminares e incidentes (delitos de adulterio, lesiones, depósito de la mujer, muerte de los hijos, etc.).

"El Código Canónico también en materia de divorcio expresa lo siguiente:

CANON 1118: "El matrimonio válido y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni por ninguna causa fuera de la muerte".¹⁰

A pesar de lo que dice el Canon anterior, el Derecho Canónico admitió tres formas de disolución del vínculo matrimonial:

a) Matrimonio no consumado.- El matrimonio no consumado entre bautizados o entre una parte que esté bautizada y otra que no lo está, se disuelve por dispensa concedida por la sede apostólica con causa justa, o ruego de ambas partes o de una de ellas, aunque la otra se oponga.

b) Matrimonio entre no bautizados.- Las formas de disolución del matrimonio en este caso la contempla el Canon 1120, que dice: "El matrimonio legítimo entre no bautizados, aunque esté consumado, se disuelve a favor de la fe por privilegio Paulino".

c) Divorcio Separación.- Consiste en la separación de mesas, habitación y lecho, preexistiendo el vínculo, las causas para solucionar la separación son varias, entre ellas encontramos el adulterio, vituperio, sevicias; señaladas en los canones 1129, 1131 del mismo ordenamiento. Esta forma de divorcio separación, quedó totalmente prohibida por el Concilio de Trento (1545-1563), al elevarse el matrimonio en sacramento y porque había necesidad de la existencia de varias formas de disolución matrimonial.

⁹ SÁNCHEZ, Román. Estudio de Derecho Civil. Madrid, Editorial Reus, Tomo IV. Vol. I, 1912, pág.169.

¹⁰ Biblioteca de autores cristianos. Código de Derecho Canónico, Editorial Bilingüe, S.E. 1962.

1.3. DERECHO ESPAÑOL.

En la edad media, que empieza desde la caída del Imperio Romano, y con ello la sustitución de sus leyes, por las leyes bárbaras, surge una corriente religiosa y con ello el principio de indisolubilidad del matrimonio; ambos llegan al Derecho Español para ejercer sobre él una gran influencia.

Es así, que en el Derecho Civil Español aparecen normas relativas al divorcio solo en algunas leyes, en virtud de que todo lo concerniente al matrimonio y a la figura misma del divorcio era de competencia eclesiástica y por tanto a la iglesia le correspondía reglamentar esas materias mediante decretales, concilios y el Código Canónico.

Entre las Leyes Españolas de mayor importancia que regularon la figura del divorcio (procedentes de las Leyes Mexicanas y que alguna vez estuvieron vigentes en México), se encuentran:

El Fuero Juzgo: que prohibía la disolución del vínculo matrimonial, pero la autorizaba en caso de adulterio de la mujer, del marido o si éste quisiera que su mujer incurriera en adulterio con otra persona. Establecía la prohibición al hombre de casarse con mujer que fuese dejada por su marido, a menos que tal hecho constara por escrito o hubiese ocurrido ante testigos.

Imponiendo como penas para el marido que abandonara a la mujer sin causa alguna, la pérdida de la dote, y si hubiere enajenado lo recibido de esta, tenía la obligación de reponerlo. Finalmente se admitía el divorcio también, cuando alguno de los cónyuges quisiera ingresar a una orden monástica.

Las Siete Partidas: Dentro de las Siete Partidas, la Cuarta Partida trata ampliamente el divorcio y sus principales disposiciones son:

- "a) La separación del marido y mujer debe hacerse por sentencia judicial y no por autoridad propia.
- b) El conocimiento de las causas de divorcio pertenece a la jurisdicción eclesiástica.
- c) Las cuestiones sobre alimentos o restitución de la dote, serían conocidas por los magistrados seculares.
- d) Si el marido y la mujer proponen la separación debe substanciarse la causa con el defensor de matrimonios (creado por Constitución de Benedicto XIV, el cinco de noviembre de 1741). Las causas de divorcio admitidas eran que cuando alguno de los cónyuges quisiera entrar en alguna orden monástica y por adulterio de la mujer, poniendo de conocimiento al Juez eclesiástico.

Ahora bien, la abolición del divorcio se confirmó con la implantación del Concilio de Trento en España (Real Cédula del 12 de julio de 1564), con la profesión religiosa en el matrimonio rato y la conversión de uno de los cónyuges."¹¹

Posteriormente con Alfonso VIII mediante la ley del 11 de marzo de 1888, se autoriza la publicación del Código Civil en el que se establecían dos formas de contraer matrimonio: El Canónico que deberían de contraer todos aquellos que profesaran la religión católica, y el Civil, que se celebrara de acuerdo a lo que determinara el Código Civil y lo prescrito en la Constitución del Estado. Es así, que el 6 de Octubre de 1888, se ordena publicar el Código Civil lo que ocurrió hasta el 24 de julio de 1889.

El Código Civil mencionado en su sección cuarta regulaba el divorcio separación, distinguiéndose en tres clases de preceptos a saber:

I.- Los relativos al divorcio del matrimonio Canónico: el conocimiento de los pleitos de divorcio corresponden a los tribunales eclesiásticos, y los efectos civiles de las sentencias son los mismos que en el Divorcio Civil, debiendo presentarse al Juez secular para su ejecución.

¹¹ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo IX, Buenos Aires, 1958, pág 368.

II.- Los relativos al divorcio de matrimonios civiles:

a) Concepto: El divorcio produce la suspensión de vida común de los casados.

b) Causas:

El adulterio de la mujer.

Los malos tratos de obra o las injurias graves.

La violencia sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión.

La propuesta del marido para prostituir a la mujer y el conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y la convivencia en su corrupción o prostitución.

La condena del cónyuge a cadena perpetua.

El divorcio solo puede pedirlo el cónyuge inocente.

Los Tribunales Civiles conocerán de pleitos de divorcio y sus incidencias.

En virtud de lo narrado precedentemente, se deduce que este Código Español seguía contemplando como forma de divorcio la separación de cuerpos únicamente y es hasta el régimen de la República, cuando se implanta el divorcio absoluto por la ley del 2 de marzo de 1932, estableciendo en su art. 1º: "El divorcio decretado por sentencia firme por los Tribunales Civiles disuelve el matrimonio, cualquiera que hubiera sido la forma y la fecha de su celebración"; mientras que el art. 11º dispone que por la sentencia firme de divorcio los cónyuges quedan en libertad de contraer un nuevo matrimonio, aunque el culpable solo podrá contraerlo hasta pasado un año desde que quedo firme la sentencia.

Sin embargo, corto es el período que esta ley es aplicada, abarcando solamente hasta el año de 1939 y en este mismo se regresa al antiguo régimen establecido en el Código Civil de 1889. Finalmente, "la Constitución Española de 1978, introduce una nueva perspectiva, al disponer que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica."¹²

Con ésta nueva forma de regulación constitucional se reforma el Código Civil Español; y así en 1981, se modifica dicho ordenamiento jurídico de la siguiente manera:

a) Se establecen como formas de matrimonio, el celebrado ante el Juez encargado del Registro Civil o el funcionario que haga sus veces, el matrimonio en forma religiosa legalmente prevista y el matrimonio celebrado fuera de España.

b) Señala tres motivos de disolución del matrimonio: la muerte, la declaración de fallecimiento y el divorcio.

c) Se sigue contemplando la separación de cuerpos, pero ya no en forma de divorcio, y éste se regula de manera separada e independiente.

d) En materia de divorcio, el legislador crea una forma mixta con el divorcio separación de ruptura definitiva de la convivencia, en el transcurso del tiempo.

e) Se determinan como causas de divorcio:

I.- El cese efectivo de la convivencia familiar durante al menos un año ininterrumpido.

II.- El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos:

¹² ESPIN, Diego. El Nuevo Derecho de Familia Español. Madrid, Editorial Reus, S.A., 1982, pág. 64.

III.- El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años a petición de cualquiera de los cónyuges.

IV.- La existencia de una sentencia firme por atentar contra la vida del otro cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

Algunas de éstas disposiciones siguen vigentes en España en su Código Civil, pero desde entonces no se ha hecho uso masivo de ellas, antes por contrario, algunos matrimonios llegan a situaciones límites antes de solicitar el divorcio.

1.4. DERECHO FRANCÉS.

"El Derecho Francés antiguo no contemplaba principio de indisolubilidad matrimonial, al contrario, la mujer podía pedir la separación sin que las causas invocadas estuvieran limitativamente determinadas."¹³ Puesto que se dejaban al arbitrio y prudencia de los Jueces. Lo más común de las causas fue el maltrato del marido hacia la mujer.

La influencia religiosa llegó a Francia y con ello el principio de indisolubilidad matrimonial. Contra tal principio existieron muchos opositores entre los que se encontraban príncipes y reyes, más tarde con la Revolución Francesa los oponentes de la Iglesia triunfan y con ello logran que el divorcio salga del Derecho Canónico.

Por medio de la Ley del 20 de septiembre de 1792, obra del legislador revolucionario que ve en el matrimonio un contrato civil, se instituye el divorcio como consecuencia de la libertad los cónyuges para unirse, por lo tanto deben ser libres para separarse. Suprime también la separación de cuerpos, admite el divorcio por numerosas causas como la emigración, la locura, la separación de los

cuerpos durante cinco años y aún por mutuo consentimiento e incompatibilidad de caracteres.

Es tal la aceptación del divorcio que por decreto del año II, se permite que el encargado del Registro Civil lo pronuncie ante un simple testimonio de vida separada durante seis meses y en general reduce el procedimiento para su obtención.

"Para los revolucionarios el divorcio es un medio de ataque contra la iglesia, pero veían en él una forma de defensa de la familia, sin embargo, los resultados de esta legislación no fueron los esperados, ya que la locura del divorcio se apoderó de las ciudades y se produjeron grandes abusos, por lo que el legislador mediante el decreto del 15 Termidor del año III vuelve a la ley de 1792 y deroga el decreto anterior."¹⁴

Posteriormente con la creación del Código Civil, el divorcio permanece en la legislación Francesa, pero los redactores del mismo, conociendo los peligros que esta figura implicaba, toman precauciones y reglamentan más estrictamente esta figura. El Código Francés contemplaba un divorcio sanción, en el que solo se obtenía si se probaba que el otro cónyuge incurrió en falta grave, suprime el divorcio por incompatibilidad de caracteres, haciendo más difícil que se solicite por mutuo consentimiento al establecer una triple reiteración de la voluntad de los esposos en tramitarse en trimestre, con la obligación de obtener el consentimiento de los padres de cada cónyuge, el acceso al divorcio se hace menos fácil por un procedimiento largo y complicado.

¹³ MAZEAUD, Henri León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Trad. L. Alcalá y Castillo, S.E. Vol. IV, Parte 1ª, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa, 1959, pág. 369.

¹⁴ RIPET, Georges y Jean Boulanger. Tratados de Derecho Civil según el Tratado de Planiol. Trad. Delia García, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 1963, pág.337.

Los redactores del Código Napoleónico a petición del consejo del Estado establecieron la separación de cuerpos, suprimida desde 1792 pero hacen de ella un estado provisional, siempre susceptible de transformarse en divorcio.

Surgiendo de la revolución el divorcio se hundió con ella, por la restauración de la monarquía, y la carta de 1814 que veían en la religión católica la religión del estado. Es por ley del 8 de mayo de 1816 que se suprime el divorcio y se deja subsistente la separación de los cuerpos únicamente.

Veintiocho años después de su suspensión, mediante la ofensiva de A. Naquet con su propuesta de ley en 1876, se logra el restablecimiento del divorcio por ley en 1884. La Ley de Naquet del 24 de Julio de 1884 recoge la concepción más moderada de divorcio sanción: "El divorcio es una pena que pesa sobre el cónyuge culpable"; no admite el divorcio por mutuo consentimiento ni por incompatibilidad de caracteres.

Con el restablecimiento del divorcio por la ley Naquet, la tendencia legislativa siempre fue en el sentido de otorgarle a tal figura las mayores facilidades simplificando el procedimiento para obtener el divorcio, equiparando la separación de los cuerpos a los del divorcio, eliminando la prohibición de que los esposos divorciados que volvieran a casarse no podían pedir nuevamente el divorcio, salvo por pena aflictiva o infamante. Mientras que la ley del 24 de marzo de 1924 hace desaparecer casi toda restricción al derecho de los esposos divorciados a casarse entre ellos mismos.

En 1925 se modifica la concepción del divorcio, no le considera ya como una sanción sino como un remedio y por lo tanto lo concede desde el momento en que la vida en común no fuera posible, sin requerir que uno de los esposos hubiera cometido falta alguna, como en el caso de la enajenación mental.

Por último, "a partir de 1945 el Derecho Francés admitió el divorcio por las causas de adulterio, condena de uno de los cónyuges a una pena afflictiva o infamante, excesos, sevicia e injurias graves."¹⁵

1.5. DERECHO MEXICANO.

A través de la historia de México, se vislumbran los cambios constantes que sufrieron diversas instituciones jurídicas entre ellas el divorcio, regulado de distintas formas de acuerdo a la época.

En la época Precortesiana se reconocieron de manera general como causas de divorcio o repudio, que la mujer fuera pendenciera, impaciente, descuidada, perezosa, sufriera una larga enfermedad, fuera estéril o por infidelidad. En el caso de que el hombre no pudiera mantener a la mujer y a sus hijos o que la maltratara físicamente. Caso curioso para la época era la causal de incompatibilidad de caracteres que existía entre los tarascos.

Las quejas del matrimonio se presentaban ante el gran sacerdote, quien las tres primeras veces los amonestaba, reprendiendo al culpable y a la cuarta vez decretaba el divorcio; si la mujer era la culpable seguía viviendo en la casa del marido y solo en el caso del adulterio la mandaba matar, si el culpable era el varón, recogían a la mujer y a sus parientes y la casaban con otro.

"Para la validez del divorcio se requería que el legislador lo autorizara y que el que lo pidiera se separara efectivamente de su cónyuge y no se permitía un segundo divorcio."¹⁶

¹⁵ MAZEAUD, op. cit. pág. 387.

¹⁶ CHÁVEZ, Ascencio Manuel. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas. Jurídico-Conyugales. México, Editorial Porrúa, 1985, pág.423.

En México Colonial estuvo vigente la Legislación Española, misma que se basó en el Derecho Canónico y que fue el único divorcio que admitía era el divorcio separación, que no otorgaba libertad para contraer matrimonio mientras viviera el otro cónyuge. Consumada la independencia el divorcio siguió siendo regulado por el viejo Derecho Español, fundamentalmente por las Partidas.

Surgieron después, en el ámbito estatal, intentos que dieron como resultado la creación de Códigos Civiles o proyectos de los mismos a escala local. Entre las legislaciones del siglo XIX hay que mencionar la Ley del Registro Civil del 23 de julio de 1859, expedida por don Benito Juárez en la cual se convierte al matrimonio en un acto registrado y recogido por las leyes civiles.

"El Código Civil del Imperio Mexicano expedido por Maximiliano de Hamburgo en 1866, estableció el divorcio separación en el que no se dejó en algún caso aptitud de contraer nuevo matrimonio, mientras viviera alguno de los divorciados, reguló al divorcio, con ligeras variaciones en cuanto a las causales, requisitos formales y consecuencias legales".¹⁷

Ya en 1871, siendo el 12 de marzo, surge el Código Civil partiendo de la noción de que el matrimonio es una institución indisoluble, por lo que rechaza el divorcio vincular, regulando únicamente la separación de cuerpos y disponiendo que el divorcio no disuelve el vínculo matrimonial, suspendiendo sólo algunas de sus obligaciones civiles. Expresa como causales de divorcio:

a) El adulterio de alguno de los cónyuges; en el caso de los hombres era únicamente causal de divorcio cuando lo cometiera en la casa común, que hubiera concubinato o que la esposa fuera maltratada por la coadúltera o que hubiera escándalo o insulto público del marido a su esposa.

¹⁷ MONTERO, Duhal Sara. Derecho de Familia. 3ª Edición, México, Editorial Porrúa S.A., p. 208.

b) La propuesta del marido para prostituir a su mujer, cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera otra remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer.

c) La incitación a la violencia hecha por un cónyuge hacia el otro para cometer algún delito aunque no sea de tipo carnal.

d) El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos o convivencia en la corrupción.

e) El abandono, sin causa justificada, del hogar conyugal prolongada por más de dos años.

f) La sevicia del marido con la mujer o de esta con aquel.

Este Código interpuso a la realización del divorcio una serie de trabas y formalidades exigiendo como requisito de probabilidad, el que hubiera transcurrido dos años por lo menos, desde la celebración del matrimonio.

Después de este Código, en 1884 se crea un nuevo Código que regula de manera similar al divorcio, aunque reduciendo notablemente los trámites necesarios para su obtención. Agregando más causales de divorcio:

"a) La negativa de ministrar alimentos conforme a la ley.

b) Los vicios incorregibles de juego y/o embriaguez.

c) Las enfermedades crónicas o incurables, que fueran contagiosas o hereditarias, anteriores al matrimonio y que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge.

d) Infracción a las capitulaciones matrimoniales.

e) El mutuo consentimiento.¹⁸

Posteriormente, Venustiano Carranza expide dos Decretos, introduciendo en México el divorcio vincular, manifestando que el matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea libre o por mutuo consentimiento de los cónyuges. Cuando el matrimonio tenga mas de tres años celebrado, o en cualquier otro momento, por causas que hagan la vida imposible para los fines del matrimonio o por faltas graves de uno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio los cónyuges podrán contraer una nueva unión legítima.

Tres años después, la Ley de Relaciones Familiares, también expedida por Venustiano Carranza, moderó los preceptos y limitó sus alcances. Refiriendo en su artículo 74 que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer uno nuevo, con la excepción respecto de la mujer cuando el divorcio se haya declarado por adulterio, pues en tal supuesto el cónyuge culpable no podía contraer un nuevo matrimonio sino hasta haber pasado dos años de que se haya dictado sentencia de divorcio.

El Código del 1º de octubre de 1932, el que desplaza la ley de relaciones familiares de 1917, reproduciendo las mismas causas que esta manejaba; suprime también la infracción a las capitulaciones matrimoniales como causal e introduce nuevas causas: los vicios no solo de embriaguez consuetudinaria, sino el uso inmoderado de drogas, enervantes y el juego.

¹⁸ ROJINA, Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil. 14ª Edic. Edit Porrúa, México, 1977, pág. 348.

1.6. EL DIVORCIO SEGUN LOS CÓDIGOS CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1870 y 1884.

Una vez consumada la Independencia, en 1921, surge la inquietud de la creación de las normas jurídicas, instituyéndose la primera Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos en el año de 1824, con ella emanan algunos intentos de la creación de un Código Civil o proyectos de los mismos a nivel Entidades Federativas, entre los que destacan el del Estado de Oaxaca de 1827, proyecto del Estado de Jalisco en 1883, el del Estado de Veracruz en 1868, el del Estado de México en 1870.

Cabe hacer mención de la ley de matrimonio civil expedida en 1859 por Don Benito Juárez, en la que se desconocía el carácter sacramental del matrimonio para convertirlo en un acto regido por las leyes civiles y el Código Civil del Imperio Mexicano en 1865, expedido por Maximiliano de Hamburgo.

Encontramos que en todas estas legislaciones del siglo XIX referentes al divorcio solo admiten el divorcio separación, rechazando en su totalidad el divorcio vincular, estatuyendo en cada una de las legislaciones las causales, requisitos formales y consecuencias jurídicas.

“En el año de 1870, surge el Código Civil para el Distrito Federal el cual entra en vigor el 11 de marzo de 1871, teniendo como consecuencia el unificar la materia civil en toda la República. Éste Código definió al matrimonio, como la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el paso de la vida, obligó a ambos cónyuges a guardarse fidelidad, a socorrerse mutuamente y a contribuir a los objetivos del matrimonio, confirió al esposo la potestad marital sobre la mujer, obligó a ésta a vivir con aquel y a obedecerle en lo doméstico, en la educación de los hijos y en la administración de los bienes y a recabar la licencia del esposo

para comparecer a juicio, para enajenar bienes y para adquirirlos a título honeroso.¹⁹

Por otra parte, nos señala la profesora Sara Montero que el adulterio cometido por la esposa era simple causa de divorcio y el marido únicamente cuando lo cometiera en la casa en común, que existiera concubinato o que la esposa fuera maltratada por la coadúltera o que hubiera escándalo o insulto público del marido a su esposa.

Agrega que el divorcio no podía solicitarse sino transcurridos dos años desde la celebración del matrimonio, realizándose en dos juntas de avenencia, con separación de tres meses entre una y otra, después de la segunda junta había que esperar de nuevo otros tres meses y así, reiteraban su deseo de separarse por lo tanto el juez decretaba su separación. Encontramos también que se prohibía el divorcio separación cuando el matrimonio tenía veinte años o más de celebrado.

En el año de 1884 se reformó el Código Civil de 1879, y el cual nos señala el maestro Ramón Sánchez Medal que introdujo como única innovación importante la libertad de testamento que abolió la herencia forzada y suprimió el régimen de las legítimas en perjuicio principal de los hijos del matrimonio. Reprodujo los conceptos del Código anterior, reduciendo únicamente los trámites necesarios para la consecución del mismo.

De lo anterior podemos mencionar que el artículo 226, en el cual se establecía: "el divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio, solo alguna de las obligaciones civiles, que se expresan en los artículos de este Código"; si lo comparamos con el artículo 239 del Código de 1870, notaremos que tiene la misma disposición, en las cuales nos encontramos, que los Códigos no admiten el divorcio vincular, es decir

¹⁹ SÁNCHEZ, Medal Ramón. Los Grandes Cambios del Derecho de Familia en México. México, Editorial Porrúa S.A., 1979. Págs. 11 y 12.

la disolución del vínculo matrimonial, solo admiten el divorcio separación, por lo tanto los cónyuges no podrán contraer nuevas nupcias.

Podemos concluir diciendo que los Códigos de 1870 y 1884 no aceptan la disolución del vínculo matrimonial, rechazando el divorcio vincular y estableciendo solo el divorcio por separación de cuerpos. Hasta esas fechas el matrimonio es considerado indisoluble, permitiendo solo la separación de cuerpos y perdurando el vínculo, ya que únicamente se suspendían algunas obligaciones del matrimonio, las cuales principalmente consistirán en cohabitar y hacer vida en común.

Así mismo, encontramos que ambas disposiciones establecen que la reconciliación de los cónyuges deja sin efecto a la sentencia que declaró el divorcio de lo cual podemos determinar que este tipo de divorcio, era con la finalidad de que no se agravaran los problemas, y que en un momento dado la familia continuara unida, ya que los cónyuges no podían contraer nuevas nupcias.

Podemos determinar que entre el Código de 1870 y el de 1884, solo existía una diferencia que era en que el primero contemplaba mas requisitos, audiencias y plazos para decretar el divorcio en tanto que el segundo simplificación de trámites considerablemente.

1.7 EL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal contempla al divorcio como la disolución del vínculo matrimonial, dejando a los cónyuges en aptitud de contraer otro matrimonio. Clasifica al divorcio de voluntario y necesario, es decir, el divorcio voluntario es cuando se solicita por ambos cónyuges, el cual se puede substanciar administrativa o judicialmente; es divorcio necesario cuando cualquiera de los

cónyuges lo solicita ante autoridad competente, fundándose en alguna causa de divorcio que enumera nuestro actual Código Civil.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal, ha contemplado más y mejores causas de divorcio a diferencia de los Códigos anteriores. Esto se debe a que en el transcurso del tiempo, a avanzado la ciencia, de tal manera, que nuestro Código Civil se ha ido reformando para adecuarse a las necesidades de nuestra sociedad en la actualidad.

De tal manera que éste Código contempla nuevas causales de divorcio, y otras únicamente se reforman en su redacción. Entre las nuevas causales encontramos: "El hijo concebido fuera de matrimonio con persona distinta y sin conocimiento de su cónyuge;

La propuesta de prostitución de un cónyuge para el otro, también cuando se pruebe que alguno de los cónyuges ha recibido remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con su cónyuge;

La incitación para cometer un delito;

La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos;

Padecer cualquier enfermedad incurable, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible que no tenga su origen en la edad avanzada;

Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo;

La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses;

La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya dado origen a la separación;

La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, o para los hijos;

Haber cometido uno de los cónyuges delito doloso por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;

El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar ruina en la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;

Cometer un cónyuge contra la persona o bienes de otro, o de los hijos, un delito doloso por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;

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;

El incumplimiento injustificado de determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar;

El uso no terapéutico de 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 ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;

El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge; e

Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de éste Código."

Este Código señala que todas las causales de divorcio son de carácter limitativo; por lo tanto, cada causal es de naturaleza autónoma.

A lo largo del presente trabajo estudiaremos todos y cada uno de los aspectos relativos al divorcio que contempla el Código Civil vigente para el Distrito Federal, enfocándonos a la causal de divorcio que refiere: "El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge", ya que constituye la materia de nuestro estudio.

1. 8 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS MÉTODOS DE FECUNDACIÓN ASISTIDA.

A lo largo de la historia, la aceleración del conocimiento biológico de los fundamentos de la vida y la posibilidad de disociación entre sexualidad y procreación, han planteado al hombre una larga relación de nuevas interrogantes, para cuya respuesta, no se encuentra preparado.

Al investigar los antecedentes históricos de los Métodos de Fecundación Asistida, nos remontamos al siglo XVI, cuando Felipe Theofrasto intentó la fecundación artificial sembrando entre estiércol caliente y una mezcla de semen humano y sangre menstrual, con resultados negativos.

Más tarde, Malpighi y Bibiena en 1600, intentaron, sin éxito, la fecundación artificial de los huevos de un gusano de seda; en 1733, sucedió lo mismo al intentarlo con plantas. En 1725 Jacopi y luego Weltheim parece que obtuvieron la fecundación de los huevos de salmón y de la trucha. También el sueco Cleck, en 1757, estudió atentamente la araña macho que deposita su semen en una tela,

luego lo recoge con sus jeringuillas naturales y busca a la hembra que podrá darle descendencia.

En marzo de 1777 Lázaro Spallanzani demostró científicamente que no era siempre necesario el acoplamiento de los animales de diferente sexo para lograr su reproducción, el experimento lo realizó con granos de espermia que contactó con óvulos de rana y sapo sin necesidad de cópula. En 1872 logró la fecundación de una perra.

En 1785 Thouret logró fecundar a una mujer estéril, mediante la inyección intravaginal del líquido seminal recogido en una jeringuilla de estaño. Girault obtuvo nuevos logros en treinta años de intentos, pues ya para el año 1838, al seguir experimentando se hizo una publicación en donde se señala que de veintisiete casos experimentados, se obtuvo resultados positivos en ocho mujeres, y una de ellas obtuvo un embarazo gemelar.

En 1866 el Ginecólogo Marion Sims obtuvo un solo logro sobre 55 intentos, inyectando directamente el espermia en el útero. En 1884 Pancoast realizó la primera inseminación heteróloga y en consecuencia, en 1890 se comienza a usar donantes en los Estados Unidos. Desde ese entonces el nuevo método fecundante ha ido difundiéndose lentamente superando el restringido ambiente pionerístico.

Al comenzar el siglo XX, se asiste a la propagación de la práctica de inseminación artificial de la mujer, sobre todo en los países anglosajones. En un principio los casos son raros. Así, según estadísticas publicadas por Roelher, en 1911 figuran 65, de los cuales solo 21 con éxito. En 1927, un estudio aparecido en Francia consigna 88 casos, entre ellos 33 con resultado favorable.

En 1941, se publica el libro "El Estado Actual de la Inseminación Artificial", basado en la investigación de campo y en datos estadísticos, en donde se observa la

práctica de 9,489 inseminaciones en los Estados Unidos, logrando con éxito el 97% de los casos.

Entre 1940 y 1945 se desarrollaron y se propagaron en Estados Unidos los bancos de semen, operando en la misma forma que los bancos de sangre y conservando los espermias en congeladores, en donde por cada uno de los donadores se elaboraba una ficha con sus datos y características biológicas, corporales y psicológicas. Y en 1953 se obtiene en Estados Unidos los primeros embarazos humanos con semen congelado.

Las estadísticas son discordantes y seguramente incompletas. El doctor Giarola habla de 825 embarazos sobre 1,351 inseminaciones con semen extramarital, y de 265 embarazos sobre 1,324 inseminaciones con semen marital. La técnica y mejores conocimientos han permitido realizar recientemente la fecundación artificial *in vitro*. Para el año de 1973, en Estados Unidos ya existían nueve bancos de semen congelados, vinculados a hospitales, universidades y clínicas.

En 1978 el mundo entero recibió la noticia de que en Inglaterra había nacido Louise Joy Brown, la primera criatura humana concebida fuera de la matriz de su madre, fecundando el óvulo de ella, previamente extraído con espermatozoides de su esposo y produciendo la concepción *in vitro*, para luego reimplantar el óvulo fecundado en el seno materno para los nueve meses de gestación.

En ese mismo año se descubre una técnica para pasar un embrión del útero de una mujer al útero de otra, sin recurrir al procedimiento quirúrgico. Se tiene noticias también de congelación de óvulos de mujer que se someten a procedimientos durante meses y se trata como un método de "congelación profunda". El 14 de enero de 1979, en Glasgow, Escocia, nació el primer varón concebido en probeta que fue bautizado como Elaister Montgomery.

En 1980, en Illinois se da a conocer la primera maternidad de alquiler lo que origina que se comenzara a organizar contratos de maternidad sustitutiva, al abrirse en ese año una asociación de maternidad por sustitución.

Una mujer francesa de 23 años de edad, reclama ante la justicia el derecho de ser inseminada con el esperma de su esposo, fallecido hace un año, lo cual plantea a los jueces un caso único: ¿Puede permitirse el nacimiento de un niño gracias al esperma de un muerto? La situación se plantea, porque en 1981 la pareja fue informada que el marido (Alain) sufría de cáncer de un testículo que iba a perder en la operación y que el tratamiento de quimioterapia lo dejaría estéril. Decidieron depositar el semen en un banco especializado en Francia y posteriormente el marido murió.

Se relata también el caso de "los embriones huérfanos" cuando una pareja murió en los Andes Australes, y hacía tiempo habían "depositado para su congelación dos embriones compuestos de óvulos que fueron extraídos de la madre y fecundados con el esperma de su esposo. La decisión fue adoptada por la pareja luego del fallecimiento de su hija de 10 años y después de un segundo intento para tener familia fracasó por aborto involuntario.

A comienzos de 1982, se anunció que se planeaba congelar embriones sobrantes para uso posterior por parte de la madre natural o para donación a señoras estériles; y de lograrse congelar y almacenar por un lapso largo un número importante de embriones se tendrían bancos embrionarios. En ese año, como consecuencia del nacimiento del primer bebé probeta, se creó un comité investigador, cuya labor concluyó con el informe Warnock sobre fertilización y embriología humanas, el cual dice que algunas clases de tratamiento para infertilidad son aceptables en términos generales, pero siempre deben ser autorizados y vigilados por un organismo científico independiente, el cual también vigilaría los experimentos sobre embriones humanos para autorizarlos si parece procedente.

En tal informe se sugiere prohibir la maternidad delegada, procedimiento que consiste en contratar a una mujer para que lleve en su útero el embrión producido con las células germinales de determinada pareja (hasta el momento del nacimiento) y entregue el recién nacido a sus padres biológicos, percibiendo probablemente una suma de dinero como retribución por tal servicio. De igual manera se sugirió que se prohibiera la investigación de embriones humanos que tengan más de catorce días de desarrollo, pues la mayoría de los expertos consultados consideran que el desarrollo individual del embrión comienza a los quince días de fertilización.

Tal informe concluye, que los donantes de semen y óvulos deben permanecer en el anonimato cuando haya una tercera persona involucrada; obligatoriedad de contar con el consentimiento escrito de ambos miembros de la pareja; limitar hasta un máximo de diez niños nacidos de óvulos de cualquier donante; la necesidad de que el niño sea informado sobre su origen genético; y que el embrión debe ser llevado al status de principio fundamental, mereciendo jurídicamente protección directa. Y en consecuencia, niega la posibilidad de apropiación del embrión y estima que hay que proteger su vida como un bien jurídico.

Desde el 1º de Marzo de 1985 Suecia tiene una legislación sobre inseminación artificial, considerándola como una medida ginecológica para remediar la falta involuntaria de hijos en la pareja y su protección legal. Se permite tanto en el matrimonio, como a las mujeres que viven en condiciones similares al matrimonio, sin estar casadas. Los padres de un niño engendrado por inseminación artificial heteróloga se encuentran aproximadamente en igual situación que los padres adoptivos. En estos casos se trata de que al menos uno de los padres no es progenitor biológico del niño, con los problemas que ello puede implicar.

La legislación establece que si el hombre ha permitido que su mujer se insemine con esperma de un donante, aquél será considerado como padre legal del niño y nunca podrá declinar esa responsabilidad. Al donante, por su parte, no se le podrá

imponer nunca alguna responsabilidad por el niño. Éste método no se permite en mujeres que vivan solas en relación lésbica, basándose en la atención al bien del niño, pues psiquiatras y psicólogos infantiles señalan que un niño requiere tanto la figura del padre como de la madre.

La ley deja a la decisión del médico la responsabilidad y la elección del donante, quien debe hacer todas las averiguaciones necesarias. Esta inseminación sólo se permite realizar en hospitales públicos y bajo la supervisión de médico con título y especialización en ginecología y obstetricia. Según la ley, los datos del donante, no podrán ser entregados a los padres del niño, ni a ninguna persona ajena.

La inseminación artificial in vitro se permite a las parejas unidas en matrimonio o que cohabiten en condiciones similares a los matrimonios. Solamente podrán usarse el óvulo y el espermatozoide de la pareja solicitante. Se encuentra prohibida la maternidad sustituta.

En España, la ley 35/988, el 22 de noviembre de 1988, contiene disposiciones sobre técnicas de reproducción asistida. Estas técnicas se realizan en mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica, que hubieran solicitado y aceptado libre y conscientemente, y hayan sido previa y debidamente informadas sobre el procedimiento. Se custodian los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los Bancos respectivos y el en Registro Nacional de Donantes. Pero los hijos nacidos de donantes tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general sobre los donantes, que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos.

Como usuarias de las técnicas se señala a toda mujer, casado o no. Las casadas requieren consentimiento del marido si se trata de una inseminación heteróloga.

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 efectos y relación jurídica alguna entre el hijo nacido por aplicación de la técnica regulada por esa ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste ni se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón". Se agrega que el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

En cuanto a los Bancos de Semen, algunos sostiene que se obtiene mejores resultados con esperma fresco, otros propugnan que es mejor el esperma congelado, éstos son dirigidos por personal médico altamente calificado y son dotados de contenedores cilíndricos llenos de ázoe líquido que aseguran una temperatura constante de 186 grados bajo cero. En estos contenedores se conserva el esperma de los donantes, el cual se suministra y se integra con antibióticos o con clara de huevo. Una u otra solución sirve para preservarlo de eventuales daños de congelación, puesto que la baja temperatura del contenedor puede alterar morfológicamente los espermatozoides, haciéndolos incapaces para la fecundación.

En el presente capítulo se han tratado los antecedentes históricos del matrimonio, ya que de ésta institución se deriva el divorcio; y como podemos ver, desde el Derecho Romano se ordenaron numerosas disposiciones limitativas del divorcio, las cuales eran causales de éste. Posteriormente, con el Derecho Canónico se inicia una lucha en contra del divorcio, dando como resultado el Divorcio Separación, consistente en la separación de cuerpos. Así mismo, en el Derecho Civil Español aparecen normas relativas al divorcio proveniente de la iglesia, pues en ese entonces, las figuras del divorcio y del matrimonio eran de competencia eclesiástica. Durante mucho tiempo la religión influyó en esas instituciones.

Como estudiamos, en México el divorcio se ha regulado de diversas maneras, según la época en la que nos encontremos. En los Códigos Civiles para el Distrito Federal de 1870 y 1884, el matrimonio era considerado indisoluble, permitiendo solo la separación de cuerpo y perdurando el vínculo matrimonial, suspendiendo las obligaciones de cohabitar y de hacer vida en común.

En el Código Civil vigente para el Distrito Federal el divorcio es considerado como la disolución del vínculo matrimonial, dejando a los cónyuges en aptitud de contraer otro matrimonio, contemplando más causas de divorcio. Dichas causas de divorcio se han adaptado de acuerdo a la época en que se vive y de acuerdo al avance de la ciencia, como lo es nuestra causal de divorcio en estudio, es decir, la fecundación asistida.

Al estudiar los antecedentes históricos de la Fecundación Asistida nos sorprendemos al observar que a lo largo de la historia se ha tratado de lograr la reproducción de la especie de manera artificial.

Podemos ver que el Siglo XX fue determinante en éste aspecto, ya que en éste se dio el auge de la Fecundación Asistida, llevando consigo la creación de bancos de semen y nuevas técnicas para inseminar artificialmente a las mujeres, según sus propias necesidades.

CAPÍTULO SEGUNDO.

EL DIVORCIO Y LA FECUNDACIÓN ASISTIDA.

En el presente capítulo abordaremos los conceptos y los temas más importantes en relación con nuestro tema a desarrollar, es decir, estudiaremos los conceptos abordados en el divorcio y en la fecundación asistida; con la finalidad de lograr la mejor comprensión del tema.

En cuanto al divorcio, primero referiremos el concepto de dicha institución, estudiaremos a su naturaleza jurídica, haremos una distinción a las clases de divorcio existentes; así mismo nombraremos las causas que dan origen al mismo en el Distrito Federal.

Analizaremos el empleo de fecundación asistida como causal de divorcio en el Distrito Federal. Estudiaremos los efectos jurídicos provisionales y definitivos al invocar como causal de divorcio, el empleo de métodos de fecundación asistida sin el consentimiento del cónyuge.

Para la mejor comprensión del estudio, investigamos los conceptos y los temas más importantes y relacionados con la fecundación asistida; cabe señalar que algunos de éstos términos son muy científicos, pero es importante señalarlos y entenderlos para lograr la distinción entre ellos.

Señalaremos qué anomalías físicas o trastornos funcionales, impiden que los cónyuges lleven a cabo una fecundación natural. Observaremos que dichas anomalías se pueden encontrar en el hombre o en la mujer, o en ambos y cuáles son los tratamientos a los que pueden recurrir para corregir tales anomalías.

Analizaremos los Métodos y las Técnicas más modernas para llevar a cabo la fecundación asistida y su clasificación; tales como la fertilización "in vivo" y la

fertilización *"in vitro"*, de igual manera se hará distinción de la inseminación artificial homóloga y la inseminación artificial heteróloga y sus elementos.

En fin, en el presente capítulo referiremos los temas que utilizaremos a lo largo del desarrollo de nuestro estudio, con el objeto de tener la mejor comprensión de nuestro tema.

2.1 DIVORCIO.

La institución del divorcio dentro del marco jurídico, ha sido regulada de diversas formas a través de la historia, de igual manera es importante la concepción de dicha institución.

Etimológicamente la palabra "divorcio" proviene del latín "divortium", del verbo "divertiere", que significa: departimiento, separación, separa lo que estaba unido, tomar líneas divergentes, o irse cada uno por su lado.

Es decir, se refiere a los cónyuges cuando ponen fin a la convivencia y al nexo existente entre consortes. Puede definirse como la ruptura de un matrimonio válido, la ruptura de relaciones, la profunda divergencia de pareceres, tendencias, aspiraciones, impulsos y actuaciones.

El autor Sara Montero refiere que la palabra divorcio debe entenderse como: "La forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente que permite a los mismos contraer posteriormente un nuevo matrimonio".²⁰

El maestro Rafael de Pina refiere que la palabra divorcio significa: "Extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado

²⁰ MONTERO, Op. Cit. págs. 196 y 197.

al efecto y por una causa determinada de modo expreso".²¹

El maestro Eduardo Pallares define al Divorcio como: un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato de matrimonio concluye, tanto con relación de los cónyuges como respecto de terceros.

El autor Salvador Orizaba Monroy señala: "Se dice en el lenguaje corriente que contiene la idea de separación; en el aspecto jurídico, significa extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto, y por una causa determinada de modo expreso."²²

Fernando Fueyo Lanery, comenta que para él "la figura del divorcio contempla un doble aspecto, uno mayor y otro menor, la disolución del vínculo matrimonial y por otra parte la separación de cuerpos, que deja subsistente el vínculo, en ambos casos en virtud de sentencia judicial fundada en una causa legal."²³

Es importante señalar la definición que sostiene el Código Civil vigente para el Distrito Federal, el cual al referirse a tal figura en el numeral 266 refiere: "El divorcio disuelve el vínculo de matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro..." Podemos apreciar que éste artículo no define al divorcio, sino se limita a expresar sus efectos.

Ante la concepción señalada, consideramos que el divorcio es la forma legal de extinguir un vínculo matrimonial, decretado por autoridad competente a través de la petición de uno o ambos cónyuges, con base a causas después de haber celebrado el matrimonio, las cuales se encuentran señaladas en la ley; a través de

²¹ Diccionario de Derecho. 14ª edic., México, Editorial Porrúa, S.A., 1983, pág. 240.

²² ORIZABA Monroy, Salvador. Matrimonio y Divorcio. Efectos Jurídicos. 2ª edic., México, Editorial PAC, S.A. de C.V., 2001, pág. 47.

²³ ROJINA Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. México, Editorial Porrúa S.A., 1983, pág. 383.

dichas causas se desvincula a los cónyuges, dejando a los divorciados en aptitud de contraer nuevo matrimonio.

2.1.1 NATURALEZA JURÍDICA DEL DIVORCIO.

Después de haber analizado el concepto de divorcio, ahora estudiaremos la naturaleza jurídica del mismo.

Al analizar el criterio de varios autores en relación a la naturaleza jurídica en relación a la figura en cuestión, el autor Eduardo Pallares refiere: "El divorcio es el acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato de matrimonio concluye, en tanto con relación a los cónyuges como respecto de terceros".²⁴

Por lo tanto, el divorcio consiste en la ruptura del vínculo conyugal, pero ésta solo se obtiene mediante las formas y requisitos que la propia ley señala. En consecuencia, produce dos efectos: la ruptura entre los cónyuges y el de otorgar a los divorciados la facultad de contraer nuevo matrimonio.

2.1.2 CLASES DE DIVORCIO.

Cuando por medio del divorcio se disuelve el vínculo matrimonial se producen algunos efectos, entre ellos el que la reciprocidad de todos los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges dejan de existir y cada uno de ellos recobra su libertad para contraer una nueva relación matrimonial; a ésta clase de divorcio se le conoce como Divorcio Vincular.

²⁴ PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. 5ªedic., México, Editorial Porrúa S.A., 1987, pág. 36.

En los casos en que uno de los cónyuges sufra una enfermedad crónica o incurable, que sea contagiosa o hereditaria; cuando después de celebrado el matrimonio padezca impotencia o bien sufra enajenación mental incurable (Art. 267, fraccs. VI y VII Código Civil para el Distrito Federal), el cónyuge sano, si no desea hacer valer éstas causas para disolver el vínculo matrimonial, puede solicitar al Juez competente la autorización para vivir separado de su consorte enfermo y el Juez podrá decretar la suspensión del deber de cohabitación, quedando subsistentes las demás obligaciones que derivan de la relación conyugal, como el deber de fidelidad y de ayuda mutua.

En la hipótesis anterior, los efectos de la sentencia que se pronuncie son restringidos, se basan en el otorgamiento de una dispensa en relación con el deber de cohabitación, pero no representa un verdadero divorcio. Sin embargo, a esta situación entre consortes se le conoce como Divorcio no Vincular.

Respecto a la disolución del vínculo matrimonial Marcel Planiol distingue entre Divorcio Remedio para los casos en que el divorcio se base en enfermedades padecidas por uno de los esposos y el Divorcio Sanción.

Si en el juicio correspondiente se aprueba que alguno de los cónyuges ha dado causa para llevar a cabo el divorcio, el inocente tendrá derecho a la pensión de alimentos.

El divorcio puede ser solicitado por acuerdo de ambos cónyuges o bien por uno de ellos, quien demande la disolución del vínculo matrimonial en juicio ordinario civil planteado en contra de su consorte. En el primer caso se le denomina Divorcio por Mutuo Consentimiento Voluntario, y en el segundo caso Divorcio Contencioso, llamado también Necesario.

Su distinción es clara, porque en tanto que "en la solicitud de divorcio por mutuo consentimiento no se plantea disputa alguna sobre las causas que dan origen a la

ruptura del vínculo matrimonial, y ambos cónyuges manifiestan que han convenido en divorciarse; en el divorcio contencioso, al contrario, un cónyuge plantea ante la autoridad judicial una cuestión litigiosa, fundando su petición en hechos que impiden la subsistencia de las relaciones conyugales y que además se encuentran previstos como causa de divorcio en el Código Civil que se trate, tales hechos deben ser debidamente probados en el juicio para obtener una sentencia que decrete el divorcio solicitado.²⁵

Por su parte el profesor Manuel Chávez Asencio manifiesta que el divorcio se puede dividir en:

"Vincular y No Vincular.- El divorcio vincular tiene como característica principal la disolución del vínculo matrimonial, otorgando capacidad a los cónyuges para contraer nuevo matrimonio; en tanto el segundo se refiere a la separación de cuerpos en el que subsiste el vínculo matrimonial y por lo tanto, no hay posibilidad de contraer nuevo matrimonio.

Sanción y Remedio.- El divorcio sanción se motiva por causas señaladas por la ley, como castigo para el cónyuge culpable; el segundo se admite como una medida de protección, tanto para el cónyuge sano como para los hijos, en el caso de que otro consorte padezca de enfermedad crónica e incurable, que sea además contagiosa o hereditaria. El divorcio sanción o remedio, pueden darse en el divorcio vincular o no vincular.

Necesario y Voluntario.- En cuanto al divorcio necesario o también llamado contencioso, se origina todo un proceso con sus partes, es decir, demanda, contestación de la demanda, ofrecimiento y desahogo de pruebas, etcétera, y procede por las causas señaladas en la ley. En cuanto al divorcio voluntario, éste

²⁵ ORIZABA, Op. Cit. págs. 59, 60 y 61.

puede ser administrativo, ante el Juez del Registro Civil; o judicial, ante el Juez de lo Familiar, sin necesidad de expresar las causas que lo originan."²⁶

Eduardo Pallares menciona que en el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, se establecen tres clases de divorcio en cuanto al vínculo:

El divorcio ante el oficial del Registro Civil, que solo puede llevarse a cabo cuando los esposos son mayores de edad, no tienen hijos y de común acuerdo han liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron.

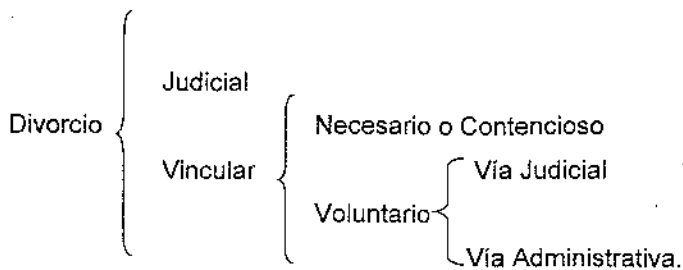
El divorcio judicial denominado voluntario, es procedente cuando sea cual fuere la edad de los cónyuges, y habiendo procreado hijos, están de acuerdo en disolver el vínculo conyugal y para ello celebran un convenio que someten a la aprobación de un Juez de primera instancia.

El divorcio contencioso necesario, que puede pedir el cónyuge inocente cuando el otro ha cometido uno de los hechos que enuncian las fracciones del artículo 267 Código Civil para el Distrito Federal y que se consideran como causas de divorcio.

Aunque lo propio del divorcio en cuanto al vínculo, consiste en dejar insubsistente el matrimonio, no por eso se extinguen algunas de las obligaciones más importantes que derivan de la unión conyugal, sobre todo las alimenticias.

En opinión de la autora Sara Montero Duhalt, el divorcio puede dividirse en dos grandes tratados, la simple separación judicial y el divorcio vincular. A su vez, el divorcio vincular se subdivide en necesario o contencioso y en voluntario, el cual presenta dos aspectos que dependen de la circunstancia en que se encuentren los cónyuges, pudiendo ser administrativo o judicial.

²⁶ PALLARES, Op. Cit., págs. 383 a 387.



La autora explica que el divorcio separación o divorcio no vincular, consiste en el derecho de los cónyuges de concluir la cohabitación con el otro, con la autorización judicial y sin romper el vínculo matrimonial, persistiendo todas las obligaciones creadas por el matrimonio. Además, solo puede pedirse por las causas que la ley establece. Por lo que las consecuencias jurídicas del divorcio no vincular son: la extinción del deber de cohabitar, el débito conyugal y la custodia de los hijos por el cónyuge sano.

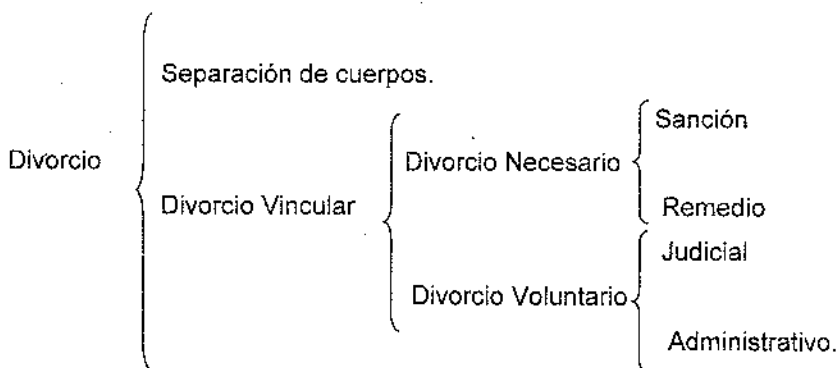
En cuanto al divorcio vincular se extingue totalmente el vínculo conyugal en todas sus consecuencias jurídicas, y se deja a los cónyuges en aptitud de contraer un nuevo matrimonio. El divorcio vincular se divide en necesario o contencioso y en voluntario. El divorcio necesario o contencioso es la disolución del vínculo matrimonial a petición de alguno de los cónyuges decretada por la autoridad competente y con base a las causas señaladas en la ley. El divorcio voluntario es aquel en el que se expresa el mutuo consentimiento de los cónyuges para disolver el vínculo que los une.

Por su parte, Rafael Rojina Villegas distingue dos grandes sistemas: el divorcio por separación de cuerpos y el divorcio vincular; en el divorcio por separación de cuerpos perdura el vínculo matrimonial, quedando subsistentes las obligaciones conyugales como la fidelidad, la administración de alimentos, etcétera. Sus efectos son la separación física de los cónyuges, quienes no están ya obligados a vivir juntos ni hacer vida marital. El cónyuge que lo solicita tiene el derecho de optar por éste o por el divorcio vincular.

En cuanto al divorcio vincular, éste se caracteriza por la disolución del vínculo matrimonial y la capacidad de los cónyuges de contraer nuevas nupcias. Dentro del divorcio vincular se encuentran el divorcio necesario y el divorcio voluntario. El divorcio necesario se decreta por causales que señala la ley, engloba al divorcio sanción y al divorcio remedio. Visto como divorcio sanción, se motiva por las causales que señala el artículo 267 del Código Civil, excepto las enfermedades; como divorcio remedio se admite como medida de protección para el cónyuge sano y para los hijos, cuando el consorte padezca enfermedad crónica e incurable y que además sea contagiosa y hereditaria.

A continuación nos referiremos a la clasificación del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece en el artículo 266 párrafo segundo: "Se clasifica en voluntario y necesario. Es voluntario cuando se solicita de común acuerdo por los cónyuges, y se substanciará administrativa o judicialmente, según las circunstancias del matrimonio. Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial, fundado en una o más de las causales a que se refiere el artículo 267 de éste Código."

El divorcio voluntario, dentro del sistema del divorcio vincular, surge del mutuo consentimiento de los cónyuges y el cual puede adoptar dos formas: administrativo o judicial.



En cuanto al divorcio administrativo refiere: Artículo 272. "Procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no esté embarazada, no tengan hijos en común, o teniéndolos, sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. El Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a éstos para que la ratifiquen a los quince días. Si los cónyuges lo hacen, el Juez los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

Si se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos, el divorcio así obtenido no producirá efectos, independientemente de las sanciones previstas en las leyes".

Por lo que respecta al divorcio voluntario por vía judicial se establece: Artículo 273. "Procede el divorcio voluntario por vía judicial cuando los cónyuges que no se encuentren en el caso previsto en el artículo anterior, y por mutuo consentimiento lo soliciten al Juez de lo Familiar, en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles, siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio y acompañen un convenio que deberá contener las siguientes cláusulas:

- I. Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio;
- II. El modo de atender las necesidades de los hijos a quien deba darse alimentos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;

- III. Designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enseres familiares, durante el procedimiento de divorcio;
- IV. La casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose ambos a comunicar los cambios de domicilio aún después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligaciones alimenticias;
- V. La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia a favor del cónyuge acreedor, en los términos de la fracción II;
- VI. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición; y
- VII. Las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos."

2.1.3 CAUSALES DE DIVORCIO.

El Código Civil para el Distrito Federal menciona como causas de divorcio las contenidas en las fracciones del artículo 267. Éste numeral ha sufrido muchos cambios debido al cambio social y, por supuesto, a los grandes avances de la ciencia como la fecundación artificial (*ver.sup*).

Las causas del divorcio son las razones o motivos que se argumentan para solicitarlo. Únicamente son causas de divorcio las que limitativamente y

numéricamente enuncian las fracciones de los artículos 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

Debido a la gravedad de la disolución del vínculo matrimonial, los legisladores no han querido que los tribunales tengan la facultad de establecer causas diferentes de las que ellos consideraron las únicas justificadas, dando lugar al *Principio de la limitación de las causas*.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido la jurisprudencia de que las causas de divorcio son autónomas, en el sentido de que es ilegal vincularlas entre sí, completando o combinando lo que unas dicen con lo que otras ordenan. Está prohibido interpretarlas extensivamente y aplicarlas a casos diferentes de los que de manera expresa supone cada norma, dando lugar al *Principio de la aplicación restrictiva de las causas de divorcio*.

Las causas de divorcio se pueden dividir o clasificar en los siguientes grupos:

Causas en las que los tribunales gozan de cierta facultad discrecional para decretar el divorcio o abstenerse de hacerlo, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos que la ley considera como causas. Por ejemplo, injurias graves, sevicia, etcétera.

Causas en las que los tribunales no tienen facultad discrecional. Ejemplo, el adulterio, la separación de los cónyuges por más de un año, la falta de pago de alimentos, etcétera.

"Causas que implican un hecho culpable, e incluso la comisión de un delito por parte del cónyuge demandado; tales como la incitación a la violencia para cometer algún delito, cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, la propuesta de prostitución, haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada no conmutable. No en todos los casos de delito se requiere que

previamente se obtenga la sentencia penal correspondiente. Solamente en aquellos casos en que así se requiera, el plazo de seis meses para el inicio de la acción civil de divorcio empezará a partir de la fecha en que se conozca la sentencia del Juez Penal.²⁷ (El artículo 278 del Código Civil para el Distrito Federal refiere que las causales de sevicias, amenazas e injurias graves, la conducta de violencia familiar y el incumplimiento de las determinaciones tendientes a corregir los actos de violencia familiar; tienen un plazo de dos años de caducidad). En sentido opuesto, hay causas que no tiene esa naturaleza jurídica, por ejemplo, padecer alguna enfermedad mental.

El incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, como la de suministrar alimentos al otro cónyuge y a sus hijos, y la de vivir en el domicilio conyugal. En oposición a éstas causas pueden señalarse aquellas que sin constituir el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, revelan una condición de inmoralidad del cónyuge culpable, que es del todo necesario disolver el matrimonio para evitar su influencia perniciosa en la vida de los hijos o del otro consorte.

"Otras causas que deben producir la disolución del vínculo matrimonial, son por motivos de honor o porque ponen al cónyuge que ha incurrido en ellas, en la imposibilidad de continuar cumpliendo sus obligaciones familiares. Por ejemplo, el hecho que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, el alcoholismo o el hábito del juego cuando amenacen causar ruina en la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia".²⁸

Las causales de divorcio son independientes unas de otras, por lo que no pueden involucrarse unas causas con otras, ni aplicarse por analogía ni por mayoría de

²⁷ CHÁVEZ Ascencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. 3ª edic., México, Editorial Porrúa S.A., 1995, págs. 490 y 491.

²⁸ PALLARES, Op. Cit. págs. 60 a 63.

razón, por lo que es conveniente tener en claro todas y cada una de las causas e invocar las adecuadas en el proceso de divorcio.

2.1.4 EFECTOS JURÍDICOS DEL DIVORCIO.

En la legislación Civil del Distrito Federal se contemplan dos tipos de efectos: los efectos provisionales y los efectos definitivos.

Los efectos provisionales son aquellas medidas de seguridad que el Juez de lo Familiar considera necesarias, mientras se tramita el Juicio de Divorcio, éstas medidas de seguridad provisionales estarán vigentes hasta que cause ejecutoria la sentencia de divorcio.

El artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, refiere que desde que se presente la demanda de divorcio y mientras dure el juicio de divorcio, se dictarán medidas provisionales, entre ellas se encuentra la separación de los cónyuges, señalar y asegurar los alimentos al cónyuge acreedor y a los hijos, dictar medidas precautorias en caso de que la mujer se encuentre embarazada, poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hayan designado los cónyuges, y las demás necesarias para que los cónyuges no se causen daño entre sí.

Por otra parte, los efectos definitivos del divorcio son de gran importancia, ya que van a quedar definitivamente, marcando la situación de los divorciados, los hijos y sus bienes.

Las sentencias que se pronuncian en los juicios de divorcio (voluntario o necesario), alcanzan la fuerza y autoridad de la cosa juzgada, el Juez en la sentencia no resolverá nada relativo a las medidas provisionales dictadas durante la secuencia procesal.

El artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal a éste respecto refiere: "Las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria o en la definitiva. Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente."

Cabe mencionar que ejecutoriada la sentencia de divorcio, el Juez de lo Familiar, bajo su más estricta responsabilidad, remitirá copia de ella al Juez del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio, para que levante el acta de divorcio y haga la anotación correspondiente en la del matrimonio disuelto, (Art. 291 Código Civil para el Distrito Federal)

Dentro de los efectos definitivos para los cónyuges en nuestro Código, encontramos la capacidad de contraer nuevo matrimonio. El artículo 289 del Código Civil para el Distrito Federal dispone: "En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer matrimonio." Es decir, en el Distrito Federal al causar ejecutoria la sentencia, los divorciados pueden dar trámite a un nuevo matrimonio.

En cuanto al pago de alimentos, los ex cónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción de sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayoría de edad. (Art. 287 Código Civil para el Distrito Federal).

En los casos de divorcio necesario, el Juez de lo Familiar sentenciará al cónyuge culpable al pago de alimentos a favor del cónyuge inocente, tomando en cuenta la edad y estado de salud de los cónyuges, su calificación profesional y posibilidad de acceso a empleo, la duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la

familia, colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge, los medios económicos de uno y otro cónyuge así como sus necesidades; y las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor. En la resolución se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. El derecho a los alimentos, en caso de divorcio necesario, se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

En el caso del excónyuge enfermo, éste tendrá derecho a alimentos si carece de bienes y está imposibilitado para trabajar; pero no procede la indemnización por daños y perjuicios.

En el caso del divorcio voluntario por vía judicial, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio; disfrutará de éste derecho si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. (Art. 288 Código Civil para el Distrito Federal).

En la sentencia de divorcio se debe fija definitivamente la situación de los hijos, para lo cual el Juez de lo Familiar resolverá todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según sea el caso.

El Juez se allegará de los elementos necesarios para determinar la situación jurídica de los hijos, deberá escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que ayude al interés superior de los hijos. En todo caso, el Juez protegerá y hará respetar el derecho de convivencia de los padres, salvo que constituya peligro para el menor.

En cuanto a los bienes, el cónyuge culpable pierde a favor del inocente todo lo que le hubiere dado o prometido por su consorte u otra persona, en consideración al

matrimonio (donaciones antenuptiales o donaciones entre consortes). El cónyuge inocente conservará todo lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

De la sentencia de divorcio, la disolución de la sociedad conyugal, debe ser puesta en liquidación, de acuerdo con las bases que establezca la sentencia de divorcio y conforme a lo dispuesto por los artículos 197 y 282 Código Civil para el Distrito Federal.

Es importante señalar, que en la sentencia de divorcio deberá decretarse las medidas precautorias necesarias, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que subsistente entre los cónyuges o con relación a los hijos hasta que lleguen a la mayoría de edad.

Considero que estos efectos son los de mayor importancia, ya que éstos quedaran definitivamente, marcando la situación a la que estarán los divorciados, sus hijos y sus bienes.

Como ya se había señalado anteriormente, la sentencia de divorcio, al causar ejecutoria, se debe inscribir en el Registro Civil donde los cónyuges contrajeron matrimonio, para que se haga la anotación correspondiente del divorcio.

2.2 LA FECUNDACIÓN.

El ser humano se reproduce mediante el proceso de fecundación, que resulta de la fusión de gametos de uno y otro sexo, óvulo y espermatozoide, dando por resultado al cigoto, que constituye la iniciación de un nuevo individuo.

El proceso de la fecundación humana inicia con el ciclo ovárico femenino, en cada ciclo crece un número variable de folículos (óvulos) por efecto de hormonas especiales. Dentro de la estructura denominada folículo de Graaf, se halla el

ovocito. A consecuencia del crecimiento del folículo, la superficie del ovario comienza a abultarse, formándose una abertura. A causa de ello, el estigma se abre y el ovocito es expulsado del ovario.

En la etapa previa a la ovulación, las franjas finales de las trompas de falopio, rodean la superficie del ovario. Movimientos de vaivén de aquellas franjas llevan al ovocito al interior de las trompas que lo impulsarán hacia la cavidad uterina donde finalmente arribará luego de tres o cuatro días, aproximadamente.

Se cree que ese ovocito, muere de doce a veinticuatro horas después de la expulsión del ovario si no es fecundado. También los gametos masculinos, espermatozoides, pueden mantenerse vivos en el tracto reproductor femenino durante veinticuatro horas, aproximadamente.

Las autoras Dolores Loyarte y Adriana Rotonda indican: "La Fecundación es el fenómeno por el cual se fusionan los gametos masculino y femenino. Se realiza en la región más ancha de la trompa de falopio y próxima al ovario. Los espermatozoides arriban allí luego de pasar rápidamente de la vagina al útero, debido a contracciones de las capas musculares de éste, y, posteriormente, por movimientos de la misma trompa."²⁹

Luego de una relación sexual quedan de doscientos a trescientos millones de espermatozoides depositados en el tracto genital de la mujer; de todos ellos, solo de trescientos a quinientos llegan al lugar de la fecundación. Uno solo, el "escogido", producirá la fecundación, pero los demás ayudan a éste fecundante a atravesar la corona radiante, que es la primera barrera de protección del gameto femenino.

²⁹ LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana E. Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético. Aspectos Biomédicos. Aspectos Bioéticos. Aspectos Jurídicos. Prológos de Ma. Josefa Méndez Acosta y José Alberto Mainetti. Argentina, Editorial Ediciones Depalama, 1995, pág. 66.

En éste proceso, los espermatozoides atraviesan sucesivos cambios que permiten la fecundación. Dichos cambios se verifican en estrecha relación con variaciones en el aparato reproductor femenino, el cual se condiciona y en el que simultáneamente una membrana recubre la parte superior de los espermatozoides.

La zona pelúcida es la segunda barrera atravesada por el espermatozoide. De las investigaciones actuales se conoce que sólo un espermatozoide logra introducirse en el ovocito propiamente dicho; otros quedarán encerrados en la zona pelúcida.

Al entrar en contacto el espermatozoide con la membrana celular del ovocito, ambas membranas plasmáticas se fusionan. Tanto la cabeza como la cola del espermatozoide penetran el ovocito. El ovocito actúa de tres maneras diferentes al ser penetrado por el espermatozoide, primero, se torna impenetrable para otros espermatozoides. El espermatozoide se acerca hasta el pro núcleo femenino y su núcleo se hincha y forma el pro núcleo masculino. La cola de ese espermatozoide se desprende y degenera. Ambos pro núcleos establecen un íntimo contacto y pierden su envoltura nuclear.

“El principal resultado de la fecundación es el restablecimiento de número de cromosomas (la mitad procede del padre y la otra mitad de la madre). Por ello el cigoto tiene una nueva combinación de cromosomas diferente a la de ambos progenitores. Así mismo, de la fecundación se determina el sexo del individuo, ya que el sexo del embrión queda determinado desde el momento de la fecundación.”³⁰

2.2.1 LA CONCEPCIÓN.

La concepción es consecuencia de la fecundación, ésta se logra por la inseminación, ya sea natural, a través del coito o por medios artificiales como la

³⁰ *ibidem*, pág. 69.

inseminación asistida (*ver sup.*).

Al lograrse la fecundación y por lo tanto, la concepción se da el proceso de gestación o embarazo, que es el período comprendido desde la fecundación del óvulo hasta la expulsión del feto y sus anexos; el embrión es el producto de la fecundación del óvulo hasta el final de la concepción. Se da el nacimiento, que es la expulsión o extracción completa del producto de la concepción del seno materno.

Cabe señalar que la concepción debe tener lugar dentro del matrimonio en el período legal, que se da "en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento" o bien "dentro de los trescientos días siguientes a la disolución " del mismo" (Art. 325 Código Civil para el Distrito Federal). Éste hecho tiene consecuencias jurídicas, ya que se considera hijo de los cónyuges "los nacidos dentro de matrimonio".

Al presentarse el evento de concepción, gestación (embarazo) y nacimiento, se producen efectos jurídicos cuando "desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil" (Art. 337 del Código Civil para el Distrito Federal).

Es importante señalar que en nuestra legislación el concebido tiene personalidad jurídica, ya que el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal establece: "la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte", e inmediatamente el siguiente párrafo agrega: "pero desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código".

Corroborar lo anterior el Código Penal para el Distrito Federal, al definir aborto como "la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez" (Artículo 392).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 3º previene que "todo individuo tiene derecho a la vida, la libertad y a la seguridad de su persona". Este derecho se confirma en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en su artículo 6 señala que "el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho está protegido por la ley. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

Por otra parte, el artículo 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) consigna el derecho " a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad corporal". El artículo 4, párrafo I, de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (1969), conocida como el Pacto de San José Costa Rica, reconoce expresamente que el embrión humano tiene derecho a la vida por se persona, al expresar "toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

2.2.2 INFERTILIDAD O ESTERILIDAD

"Se emplea el término de esterilidad o infertilidad indistintamente para referirse a la incapacidad para reproducirse, aunque esto no es exacto. Desde el punto de vista médico cabe diferenciar el concepto de *esterilidad*, que indica imposibilidad de efectuarse la fecundación, e implica que esta alteración es irreversible, el de *infertilidad*, que expresa la imposibilidad de tener hijos vivos, siendo posible la fecundación y, por tanto, el desarrollo del embrión o feto (equivale a esterilidad relativa)."³¹

Médicamente, la infertilidad puede significarse diversas situaciones, como no quedar embarazada en el momento que se desea, o no lograrlo sin tener

³¹ VEGA GUTIERREZ, Javier. Reproducción Asistida en la Comunidad Europea. Legislación y Aspectos Bioéticos. España, Secretariado de Publicaciones. Universidad de Valladolid, 1993, pág. 27.

relaciones sexuales regulares, casi siempre con poca consideración por cuál debería ser el tiempo de la espera para quedar embarazada. La infertilidad puede definirse como la falta de concepción después de un año de relaciones sin protección. Se ha establecido que un ochenta y cinco por ciento de las parejas conciben al cabo de un año.

El doctor Roberto Federico Nicholson asevera: "Definimos como estéril el matrimonio que luego de un año de mantener relaciones sexuales con una frecuencia adecuada -y sin medidas anticonceptivas- no ha conseguido el embarazo".³²

2.2.3 ANOMALÍAS FÍSICAS O TRASTORNOS FUNCIONALES QUE IMPIDEN LA FECUNDACIÓN NATURAL.

A manera de reseña y en un intento de sistematización sencilla, señalaremos algunos de los factores que propician la esterilidad o la infertilidad. Es importante indicar que la esterilidad o la infertilidad puede ser originada por diversas causas, ya sean femeninas, masculinas, factores mixtos, y muchas veces sin causa aparente o de origen desconocido.

Esterilidad originada por causas masculinas:

- a) Varones oligoastenopérmicos.- Hombres cuyo líquido seminal contiene un bajo número de espermatozoides y de reducida motilidad.

- b) En varones que se han sometido a un tratamiento químico o radioterápico (que podría tener repercusiones negativas en su descendencia).

- c) Por deficiencias anatómico-fisiológicas en el varón:

³² LOYARTE, Op. Cit. pág. 85.

- 1.- Epispadias.- afuncionalidad del canal uretral del pene que no desemboca en su sitio normal, sino en la parte superior.
- 2.- Hipospadias.- afuncionalidad del canal retral del pene que no desemboca en su sitio normal, sino en la parte inferior.
- 3.- Fimosis.- estrechez o angostamiento irregular del orificio del prepucio que impide la salida del glande.
- 4.- Adiposidad excesiva.- elemento impeditivo de naturaleza física, detectado de manera irregular en el bajo vientre, glúteos y muslos.
- 5.- Azoospermia.- implica la total ausencia de espermias vivientes en el licor seminal. En otros sujetos, cuyos conductos secretores están ausentes u obstruidos, los espermatozoides no pueden ser expulsados, se habla entonces de azoospermia excretora. La causa más frecuente de esta malformación es una infección por el bacilo de la tuberculosis o gonococo.
- 6.- Oligospermia.- cantidad anormalmente baja de espermatozoides en el semen, insuficientes para fecundar.
- 7.- Hiperespermia.- cantidad supranormal de espermios en el semen que obstaculiza de igual manera, la fecundación.
- 8.- Astenospermia.- insuficiente motilidad de un alto porcentaje de espermatozoides en el flujo seminal.
- 9.- Necropermia.- eyaculación seminal carente de espermias vivos para fecundarse, es decir, se encuentran en la emisión, pero muertos.

10.- Criptorquidia.- es una causa congénita y por alguna razón, los testículos no han descendido al escroto, permaneciendo en el abdomen, a una temperatura de 37° C.; demasiado elevada para el buen funcionamiento de los tubos seminíferos.

Los médicos especialistas, estiman que si bien las primeras dos causas, constituyen verdaderas indicaciones de esterilidad masculina, las dos últimas no tiene mayor importancia, ya que la fimosis responde al tratamiento quirúrgico y la excesiva adiposidad se corrige mediante continuos tratamientos al sistema nutricional y metabólico del afectado.

Las causas de esterilidad femenina son múltiples, pudiendo localizarse en cualquiera de los tramos del aparato genital: ovario, trompas de falopio, útero o vagina, siendo las dos primeras las más frecuentes. A continuación enunciaremos brevemente las siguientes causas:

a) "Por deficiencias anatómico-fisiológicas en la mujer:

1.- Vagina.- se señalan fundamentalmente la nociva acidez, estenosis o vaginismo infantil.

2.- Cervix.- su estudio se concentra en las características del moco cervical, que si éste presenta un aspecto sedimentoso, purulento, turbio, reseco y escaso, las condiciones de hospitalidad que presenta al esperma, son pésimas, por lo que es poco probable una concepción.

3.- Matriz.- presenta serias alteraciones en su comportamiento fisiológico tales como: cólicos, espasmos, flujos sanguinolentos, infecciones en el cuello, etcétera. Padecimientos que deben estudiarse de manera previa al procedimiento inseminatorio.

4.- Endometrio.- un examen a fondo de éste órgano revelará, cómo esta ovulando la mujer; si no hay ovulación, podemos válidamente sospechar la existencia de alguna hiperplasia, hipotiroidismo, cistosis glandular etcétera.

5.- Trompas de Falopio.- pueden presentar comúnmente estenosis tubal, graves complicaciones infectivas, traumatismo interno, carcinomas cancerosos, etcétera.

b) Causas Psíquicas.- Estos factores pueden actuar inhibiendo, la ovulación e en el ovario o produciendo alteraciones en la motilidad de las trompas o produciendo espasmos de vulva o vagina, lo que podría impedir el coito.

c) Otras Causas.- También se señalan otros factores que indirectamente pueden afectar la capacidad reproductiva de la mujer; por ejemplo; enfermedades graves, obesidad o adelgazamiento extremos, alteraciones de las glándulas suprarrenales o tiroideas, entre otras el uso de drogas, medicamentos, carencias vitamínicas importantes, etcétera.³³

Existen factores comunes o mixtos que influyen en la esterilidad, es decir, factores que pueden presentar cualquiera de los integrantes de la pareja:

1.- Esterilidad de origen Inmunológico. supone malformaciones o defectos funcionales que impiden totalmente la producción de gametos en ambos miembros de la pareja, y que se han intentado ya los métodos quirúrgicos y farmacológicos sin ningún resultado positivo. En ésta hipótesis se encuentran las alteraciones de las secreciones del cuello uterino, que pueden faltar o hallarse en cantidades insuficientes, demasiado espesas o infectadas o en fin, ser demasiado ácidas o alcalinas, lo que destruye los gametos masculinos.

2.- Esterilidad Idiopática o sin Causa Aparente. Las Esterilidades Inexplicables.- En el ámbito médico se designa así a los casos en que los exámenes practicados

³³ OGARRIO SAUCEDO, Guillermo. "La Familia y la Tecnología". Jure. Número 3, México, 1990, pág. 14.

a la pareja, arrojan como resultado sistemas reproductores normales. Obviamente, al descubrirse nuevas causas de infertilidad van disminuyendo porcentualmente las parejas afectadas por estas causas.

3.- Sujetos con problemas anatómicos o sexológicos que les impide realizar adecuadamente el acto sexual. En el primer caso hay que referirse, sobre todo, a las epispadias del varón y a las anomalías vaginales de la mujer. Principalmente impotencia en el hombre o vaginismo en la mujer, eyaculación retrógrada (cuando el semen es receptado por la vejiga), que puede darse como consecuencia de una serie de enfermedades, especialmente, en el caso de parapléjicos.

A groso modo, éstas son las anomalías físicas o funcionales que impiden a la pareja la fecundación natural, podemos observar que son múltiples y muy variadas las consecuencias, debido a ello, la ciencia ha brindado a las parejas la gran opción de recurrir a métodos de fecundación asistida para poder tener hijos.

2.2.4 LA FECUNDACIÓN ASISTIDA.

Gracias a los avances de la ciencia y los modernos descubrimientos científicos y tecnológicos, se ha abierto un nuevo horizonte para el hombre, pues se ha posibilitado el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana, generalmente conocidas como técnicas de fecundación asistida, reproducción asistida o artificial. Tales técnicas se realizan cada vez más en todas partes del mundo, y por supuesto, también en México.

Muchos autores se han planteado si se trata de una fecundación artificial o asistida, o de una inseminación artificial. Ambos términos son usados; pues aparecen en la literatura jurídica y ambas situaciones pueden presentarse. Varios autores señalan que es correcto hablar de fecundación artificial, toda vez que éste concepto hace referencia a la concepción como resultado; y en cambio, en el

concepto de inseminación artificial se expresa la introducción del esperma en la mujer por medios artificiales, sin asegurar obtener como resultado la concepción.

Casi la totalidad de los autores consideran que la verdadera fecundación se da después de la intervención médica. Se dice que la fecundación no es artificial, lo artificial es la inseminación.

Pero los avances científicos hacen posible también la fecundación artificial, cuando se logra esta gestión en tubo de ensayo, llamada *in vitro*. En estos casos se trata de una verdadera fecundación artificial extrauterina.

Por lo que se emplearán los dos términos respondiendo cada uno a una situación determinada. Inseminación será el término para indicar la introducción del esperma en la mujer sin asegurar la fecundación; y fecundación será la unión artificial extrauterina de un espermatozoide con un óvulo.

"Podemos señalar que la fecundación 'desde el punto de vista de la fisiología', es el acto de impregnación del elemento femenino (óvulo) por el masculino (espermatozoide). La concepción supone en forma asociada el coito y la fecundación; se consideraron inseparables. Hoy se han separado y puede producirse la segunda sin la unión sexual. La inseminación y la concepción artificial pueden darse en cualquier mujer, esté o no casada, haya o no convivido con un hombre".³⁴

Desde la aparición de éste fenómeno como un suceso de la vida cotidiana, varios estudiosos del derecho de familia han tratado de definirlo. Al principio, se habló de inseminación artificial, pero más adelante se empleó el término de fecundación extracorpórea, posteriormente, queriendo abarcar ambas intervenciones médicas, se empleó el concepto de fecundación artificial o asistida.

³⁴ CHÁVEZ, Op. Cit. págs. 22 y 23.

En la actualidad, el término más aceptado por la doctrina es precisamente el de fecundación asistida, abarcando tanto la inseminación artificial como la concepción.

El concepto de inseminación artificial designa a todas aquellas manipulaciones médicas encaminadas a favorecer la fecundación cuando ésta no se puede o no se desea realizar mediante la cópula.

La fecundación artificial se refiere a toda operación que tiene por objeto germinar el óvulo con los espermatozoides masculinos, recurriendo a procedimientos no naturales; ya que puede ocurrir, que se realice la inseminación artificial de la mujer, sin que se produzca la fecundación que se esperaba; en consecuencia, la intervención del hombre en la inseminación, no hace artificiales los fenómenos consiguientes al encuentro de los dos gametos.

Independientemente de que se trate de una inseminación artificial o de una fecundación artificial o asistida, ambas técnicas son muy recurridas en todas partes del mundo, ya que dichas prácticas ofrecen una última y muy buena alternativa para que las parejas puedan procrear hijos.

El autor Luis Orlando refiere: La inseminación artificial o eutelegenesia, etimológicamente significa: bien, a distancia, generación o engendramiento, es decir, fecundación selecta a distancia.

"La eutelegenesia o fecundación artificial, es el procedimiento médico, por el cual un germen masculino es conducido a lo más profundo de las vías genitales sin que participe la normal relación natural entre un hombre y una mujer, es decir, el procedimiento en donde lo artificio reemplaza a la naturaleza facilitando el acercamiento del germen masculino al germen femenino, dejando confiada la

misión de la íntima fusión de las dos células sexuales de la que depende la formación del nuevo ser humano.³⁵

"La inseminación artificial consiste en depositar células sexuales masculinas (gametos, semen o esperma) en el tracto reproductivo femenino, por vía intrauterina, paracervical o intravaginal, por medios distintos de los naturales, con la finalidad de fecundar un óvulo maduro y producir el embarazo cuando la mujer, por trastornos físicos, fisiológicos, o de otra índole, no puede concebir normalmente. También podría definirse como el método para superar los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula normal".³⁶

Por otra parte, el autor Berger Stender señala: "la fecundación artificial es el encuentro del espermatozoide y el óvulo, en los genitales adecuados de la hembra (útero), por la introducción del esperma macho, sin necesidad de unión carnal".³⁷

"Gisbert Calabuig considera la inseminación artificial como la introducción del semen en el interior del canal genital femenino, por procedimientos mecánicos y sin que haya habido aproximación sexual".³⁸

Finalmente, de las anteriores definiciones de inseminación artificial y fecundación artificial se concluye que: las definiciones se encuadran en la descripción del procedimiento de fecundación y de inseminación. Dentro de los conceptos es muy importante si se produce o no la fecundación, es decir la unión de un óvulo con un espermatozoide; y que en el caso de la inseminación artificial, lo artificial es sólo la inseminación, toda vez que si el óvulo femenino resulta fecundado en el cuerpo de

³⁵ LEAL DÁVILA, Luis Orlando. "La Reproducción Artificial Humana frente al Derecho Civil Contemporáneo". Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la U.P.B. Número 86, Colombia, Universidad Pontificia Boliviana, 1989, pág. 86.

³⁶ HURTADO, Javier. "Una aproximación a la Inseminación Artificial". Revista Jurídica Jalisciense. Número 2, México, 1992, págs. 53 y 54.

³⁷ BERGER STENDER, Jaime. La Inseminación Artificial. México, 1975, pág. 18.

³⁸ SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Biogenética, Filiación y Delito. Argentina, Editorial Astrea, 1990, pág. 19.

la madre por el semen masculino introducido artificialmente, se estará (como en el caso de un acto sexual) ante una fecundación natural.

Pero gracias a los avances científicos también es posible la fecundación artificial o asistida, ya que se logra la unión de un óvulo con un espermatozoide, la gestación o la concepción en un tubo de ensayo, llamada fecundación *in vitro*.

Podemos concluir que la fecundación asistida en los seres humanos es un método o artificio distinto de los usados por la naturaleza, logrando introducir el esperma en el interior de los órganos genitales de la mujer, con el objeto de lograr la unión de un óvulo con un espermatozoide, sin la realización del acto sexual.

2.2.5 INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA.

En el matrimonio los cónyuges no deben actuar para satisfacer sus propios caprichos. Su actuación responde a su vocación personal y a la realización de ambos. La comunicación y el amor son características de la relación conyugal y el acto carnal debe ser una expresión de esas características. Generalmente, en el matrimonio surge el deseo de procrear hijos, por lo que la nueva vida debe desembocar en un contexto de amor consiente, libre y responsable entre dos personas de igual dignidad. Con la fecundación artificial se dice que no se dan esas características y están ausentes entre cónyuges los sentimientos, los afectos, las aspiraciones; y que todo el encuentro para que pueda surgir la vida se transforma en un cálculo de laboratorios que destruye la relación interpersonal conyugal.

Sin embargo, cuando las parejas se encuentran ante las circunstancias de la esterilidad, la ciencia ofrece una esperanza a quienes no pueden tener hijos. Por lo que sería bueno partir del hecho de que el modo de transmitir la vida a un ser

deseado a través de la fecundación asistida, también se envuelve en un contexto de amor.

Se considera que la fecundación asistida tiene dos especies principales: la fecundación asistida a través de la inseminación artificial homóloga y la fecundación asistida a través de la inseminación artificial heteróloga.

La fecundación artificial, puede iniciar una vez que han sido perfectamente determinadas las causas impeditivas de la pareja en estudio.

Hasta el momento, este tipo de manipulaciones se puede dar en dos formas básicas: la corpórea y la extracorpórea o *in vitro*; en ambas se puede realizar con gametos de los cónyuges o concubinos (inseminación homóloga); o con gametos de personas extrañas a la relación de pareja, quienes hacen donación de los gametos (inseminación heteróloga).

En México, alrededor de diez millones de mujeres, entre los catorce y los treinta y cinco años, están en edad fértil. Sin embargo, muchas de ellas tendrán dificultades o no podrán concebir hijos. Algunos expertos afirman que la calidad del semen humano ha bajado de la misma manera que han ascendido los casos de esterilidad, consideraban que un semen era normal si contenía más de sesenta millones de espermatozoides por centímetro cúbico; ahora se confirma con veinte millones.

La inseminación homóloga técnicamente deriva de su terminología por el empleo sólo y exclusivo del semen del marido; esta modalidad se recomienda a nivel médico, cuando el varón o bien la mujer, están de tal modo afectados o impedidos por una deficiencia anatómica-fisiológica y/o psíquica que, aún cuando no obstaculiza en algunos casos, la realización normal del coito, éste no concluye en la anhelada fecundación.

"Las discusiones de la última década sobre inseminación artificial con esperma del marido indican una creciente aceptación de este método... Si el semen procede del marido y los cónyuges viven su matrimonio en un clima de amor, se puede afirmar que hay una firme unión moral entre el acto de amor y en niño que nace como fruto de la inseminación artificial..."³⁹

2.2.6 INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA.

La inseminación heteróloga es aquella que se practica con líquido seminal de un tercero que no es el marido. Este tipo de inseminación es conocida también como inseminación artificial por donante o donador.

Debido a que "este tipo de inseminación implica el uso del fluido seminal de varón distinto del marido, por razones genéticas, los especialistas prohíben el embarazo a parejas que posibiliten el nacimiento de productos anormales, y con ello, evitarles un profundo daño psicológico y moral a la pareja. Por tales motivos, se hace referencia al estudio de la esterilidad absoluta del varón y las indeseables características genéticas localizadas en él."⁴⁰

La inseminación heteróloga se ha practicado tradicionalmente cuando el marido es estéril y también en casos de incompatibilidad del factor Rh; incluso, si el marido es portador de anomalías cromosómicas transmisibles, aunque fuere fértil. En estos casos se recurre al semen fecundante de un tercero donante. A tal efecto se acude a los denominados bancos de semen, en los cuales se conserva fresco o congelado, y debidamente clasificado de acuerdo con las características físicas del donante.

³⁹ CHÁVEZ, Op. Cit. págs. 26 y 27.

⁴⁰ OGARRIO, Op. Cit. págs. 16 y 17.

En cuanto a la inseminación artificial Berger Stender dice que "existen dos tipos: uno cuando el donante es el esposo, y el otro, cuando el donante es anónimo:

a) Autoinseminación o inseminación homóloga, que se práctica dentro del matrimonio, inseminando a la esposa con el semen de su esposo.

b) Heteroinseminación o inseminación heteróloga, que se practica en mujer soltera, o en casada con semen que no es de su esposo."⁴¹

Gafo dice "que hay dos tipos fundamentales de inseminación artificial, que con frecuencia son llamadas homóloga y heteróloga. En el primer caso, el semen procede del marido o concubino, mientras que, en el segundo, provienen de un donante distinto y generalmente anónimo".⁴²

Al parecer la terminología es incorrecta, ya que en otros temas biomédicos, el concepto de heterólogo se refiere a lo que acontece entre diversas especies. Consiguientemente, tanto la inseminación artificial con semen del marido, como la realizada con semen de un donante son homólogas, mientras que sería heteróloga el intento de hibridación entre nuestra especie y cualquier otra.

Por esta razón, diversos estudiosos consideran que es más correcto hablar de IAC, para referirse a la Inseminación Artificial cuando el semen proviene del cónyuge o Compañero; y de IAD, para referirse a la inseminación artificial cuando el semen procede de un Donante, ajeno a la pareja.

Sin embargo, la terminología que se ha impuesto en la doctrina latinoamericana, es precisamente la de inseminación homóloga o heteróloga.

Algunos autores proponen una tercera categoría, que sería la inseminación

⁴¹ BERGER, Op. Cit., pág. 23.

⁴² SOTO, Op. Cit., pág. 22.

artificial confusa o mixta o combinada, en la que se utiliza una mezcla de espermatozoides de dos o más personas, usualmente del marido de la mujer que va a ser inseminada y de uno o varios donantes. Son dos las razones de esta práctica: en primer lugar, se sostiene que quizás el esposo de la mujer es el padre del nacido por inseminación artificial; se afirma, por otra parte, que desde el punto de vista sociológico, la inseminación artificial combinada ayuda a consolidar la personalidad del esposo, al permitirle suponer que tal vez él sea el padre del hijo de su mujer.

Hay que señalar que la inseminación artificial combinada o mixta, no es más que una variante de la heteróloga. En efecto, parece indudable que si recurre al semen de un tercero (aunque se combine con el del marido), es porque se ha llegado a la conclusión de que los espermatozoides del marido no son aptos para fecundar a la esposa.

2.2.7 MÉTODOS Y TÉCNICAS DE LA FECUNDACIÓN ASISTIDA.

En cuanto a las técnicas médicas que se siguen para poder aplicar con éxito el procedimiento inseminatorio, se debe decir desde ahora, que no debe entenderse por inseminación, la sola colocación o puesta del líquido seminal potencialmente fértil; sino que la inseminación asistida constituye todo un riguroso procedimiento que va desde el análisis del proceso ovulatorio de la mujer, hasta la cuidadosa selección del método de inseminación más apropiado a las características que presenta la pareja, y además, las causas de esterilidad que derivan de la exploración médica que previamente se les hayan practicado.

Las técnicas de reproducción humana se basan en la fecundación corpórea y en la fecundación extracorpórea. Ambos tipos de fecundación son ya una práctica cotidiana en centros de salud de todo el mundo.

La fecundación corpórea se realiza mediante la introducción del líquido seminal en la cavidad uterina de la mujer durante el período fecundante; es una práctica frecuente para resolver problemas de infertilidad de la pareja causada por diversa índole. La fecundación extracorpórea es un tratamiento que requiere hospitalización, por lo que sólo se recurre a ésta en casos extremos relacionados con la infertilidad de la mujer, abarcando tres etapas: la obtención de varios óvulos maduros, su fertilización *in vitro* y su implantación intrauterina.

Las técnicas que más se usan y se aceptan son la inseminación artificial con semen procedente del marido, con semen procedente de donante, la fecundación *in vitro* y la donación de óvulos; mientras hay un rechazo a la donación de embriones, un fuerte rechazo a la llamada subrogación o arrendamiento de útero y se solicitan graves cautelas para la investigación y más aún para la manipulación de embriones.

En cuanto a las condiciones que han de concurrir en los destinatarios, debe intervenir un médico especialista, se deben practicar en centros que cuenten con comisiones de control y debidamente organizados.

En cuanto a los destinatarios, presentan dificultades los supuestos de mujeres solas y un fuerte rechazo a la aplicación de las técnicas a las parejas homosexuales.

Hablando de la fecundación extracorporal, ésta ha sido posible científicamente mediante la manipulación de gametos (espermatozoides y óvulos) y para posibilitar tal manipulación han coadyuvado decisivamente las técnicas de congelamiento que permiten disponer durante un tiempo considerable (incluso años), el semen y óvulos para su utilización posterior en el proceso de fertilización. La conservación se hace en el laboratorio, manteniendo los gametos en nitrógeno líquido a muy bajas temperaturas, lo que permite su reutilización en el momento necesario. Este es el origen de los bancos de semen y los bancos de óvulos que

disponen de material para la fertilización. Por ejemplo, un matrimonio en que el marido es estéril y la esposa infértil, podrían ser los padres de un hijo concebido con semen y óvulos provenientes del banco.

En los siguientes apartados estudiaremos los distintos métodos y técnicas utilizadas en la fecundación asistida. Haremos referencia a las técnicas más modernas que nos ofrece la ciencia.

2.2.7.1 FERTILIZACIÓN "IN VIVO".

La primera fecundación artificial que se conoce en la historia fue la realizada por Spallanzani en el S. XVIII, que consiguió la fecundación de una perra por inseminación artificial. Años después del experimento de Spallanzani, tras la muerte del famoso cirujano inglés John Hunter, su albacea testamentario descubrió entre sus papeles el testimonio de que éste había conseguido efectuar con éxito en 1785 la primera inseminación artificial humana, con el sucesivo nacimiento de un niño. Hunter había pedido recoger el esperma y había procedido a la inseminación artificial en la mujer, con una técnica muy parecida a la de Spallanzani.

La inseminación artificial, a principios del siglo XX, se diversificó en dos modalidades: IAC (Inseminación artificial con semen del cónyuge) e IAD (Inseminación artificial con semen de donante). La primera es empleada en esterilidad femenina y la segunda en casos de esterilidad del marido. El desarrollo mayor del empleo de técnicas de inseminación artificial se produce en la década de los 60' y los 70'. Ello se debe, sobre todo, al descubrimiento de la criopreservación de semen.

Bunge y Sherman, en 1953, emplearon la nieve carbónica para congelar semen con el que, una vez descongelado, se obtuvo, por inseminación, un embarazo a

término. En 1964 se consigue también con el empleo de nitrógeno líquido, mucho más eficaz y cómodo.

En 1984, Ash y Garcea consiguen desarrollar una técnica en la que, obteniendo primero los gametos masculino y femenino, se transfieren posteriormente a la trompa uterina, sucediendo después espontáneamente la fecundación, con lo que se superaban determinados obstáculos causa de esterilidad, sin tener que recurrir a la fecundación "in vitro". Se trataba de la tercera técnica de fecundación asistida "in vivo", junto con la IAC y la IAD: la GIFT (Transferencia Intra-Falopiana de Gametos).

Las técnicas "in vivo" son la inseminación artificial (IA), con semen del cónyuge (IAC), o de donante (IAD), la transferencia intratubárica de gametos (GIFT) y la inseminación intraperitoneal (DIPI):

Inseminación artificial (IAC, IAD).-

Consiste en el depósito de semen en el tracto genital femenino, bien sea con semen del cónyuge (IAC) o con semen de donante (IAD). Por parte del varón requiere determinadas condiciones de número y vitalidad de los espermatozoides.

Casi todos los casos en que se recurre a la IA son por trastornos andrológicos del marido. La relativa facilidad de la técnica IA hace que se proceda a la misma sin un estudio completo de la esterilidad, y de este modo, se realiza sin superar el problema con un diagnóstico adecuado y una resolución médica por los medios convencionales.

La técnica se desarrolla en dos fases:

1. La determinación del momento de la ovulación o la estimulación para conseguir la maduración de ovocitos fecundables (ciclo), para proceder a la inseminación, o bien a sustituir el ciclo natural por un ciclo artificial, en que la ovulación es

estimulada y controlada. Las técnicas que se siguen para alcanzar la maduración de ovocitos fecundables se efectúan imitando a los ciclos femeninos naturales.

2. La inseminación.- Una vez culminado el ciclo con la ovulación, o determinado el momento de ésta, se pasa a la inseminación.

Hay tres modalidades de inseminación: intracervical, paracervical e intrauterina (la vaginal hoy día ya no se emplea).

En la IAC se suele emplear semen fresco obtenido por masturbación, o mediante diversas técnicas (recolección parcial tras coito, microdescargas eléctricas, etc.).

Se procede a una manipulación de la muestra simple ("lavado" para evitar la transmisión de enfermedades) o más compleja para seleccionar los espermatozoides más capacitados. Hoy en día, con el problema del Sida, bastantes parejas en los cuales uno de los dos es seropositivo, recurren a esta técnica para alcanzar descendencia. Cuando el seropositivo es el marido, con el lavado de semen se somete a un proceso especial de depuración que mediante polimerasas detectan la presencia del virus.

En IAD la muestra procede de bancos de semen, que la facilitan protegida en contenedores apropiados con varios días de autonomía.

Los resultados de la IA varían según el número de ciclos, la edad y las condiciones de la mujer, el tipo de esterilidad, etc. En IAC se suelen obtener cifras globales que oscilan entre un 17 y un 31% de embarazos. En IAD la eficacia es algo mayor, con resultados globales entre el 30 – 40%..

Transferencia Intratubárica de gametos ("Gamete Intra-Fallopian Transfer") (GIFT).-

La fecundación, en esta técnica, se produce en la trompa de falopio de la mujer, razón por la cual es más adecuado considerarla una forma intracorporea de

fecundación "in vivo". Es una técnica alternativa a la inseminación artificial y a la fecundación "in vitro" para aquellas mujeres que no tienen las trompas obstruidas.

El desarrollo de la técnica es en tres etapas.

- 1.- En la primera se realiza el ciclo de ovulación. Un ciclo se desarrolla en tres etapas: a. estimulación ovárica, b. monitorización del crecimiento de los folículos (óvulos), (la monitorización es más estricta en la fecundación "in vitro") y c. administración de fármacos para finalizar la maduración de los ovocitos.
- 2.- En la segunda etapa se procede a la captación de ovocitos. Ésta se hace por vía laparoscópica, recogiendo los ovocitos maduros mediante una aguja, controlando la evolución de su maduración al microscopio y seleccionando los más maduros.
- 3.- En la tercera etapa, ovocitos y espermatozoides, por separado, se transfieren, mediante una fina cánula, a las trompas de Falopio. Se transfieren por laparoscopia, cada vez dos ovocitos, como máximo tres, y, al menos, 400.000 espermatozoides. Toda la operación suele requerir de 30 minutos a una hora.

Inseminación intraperitoneal (DIP).-

Técnica de IA hoy ya poco usada, se emplea algunas veces cuando existen dificultades bien determinadas para el encuentro de los gametos. Se diferencia de la IA standard en que se deposita la muestra preparada de espermatozoides (semen capacitado) a través de la parte más alta de la vagina en la cavidad abdominal, inmediatamente detrás del útero. La posibilidad de embarazos ectópicos hace que esta técnica se emplee hoy poco, pasando directamente a la fecundación "in vitro", o a la GIFT, si la IA standard no es eficaz.

2.2.7.2 FERTILIZACIÓN "IN VITRO".

La fecundación artificial extracorpórea para después implantarse el huevo fecundado en el útero materno está siendo cada vez más frecuente. Además de la manipulación de gametos, las técnicas de reproducción humana artificial exigen la manipulación de los embriones que se han obtenido en virtud de la fertilización *in vitro*.

La técnica de fecundación extracorporal se realiza extrayendo varios óvulos maduros mediante la ovulación provocada y fertilizando todos. Luego se transfieren al útero no un solo embrión sino dos, tres y hasta cuatro (más de ese número amplía el riesgo de embarazos múltiples, y menos de tres disminuye las posibilidades de embarazo), de suerte que es posible que queden algunos embriones sobrantes. En estos casos, estos embriones sobrantes pueden ser congelados a 197°C., sin riesgo, y si la mujer no queda gestante en este intento, puede serle transferidos de dos a tres meses después, sin necesidad de la incomodidad que representa la práctica de una nueva *laparoscopia*.

En la fecundación extracorporal, también llamada fertilización *in vitro* (FIV), la fecundación del óvulo se obtiene en el laboratorio en razón de existir la imposibilidad de que el semen lo fertilice, naturalmente, en el interior de las trompas de falopio.

La fecundación extracorporal o *in vitro* suele practicarse en los casos de obstrucción de las trompas que impide el encuentro de óvulo y espermatozoides mediante el coito, utilizando semen del marido o de un tercero.

La extracción de los óvulos se obtiene mediante la utilización del laparoscopio (aunque también se utiliza el método de punción folicular para aspirar óvulos mediante la ecografía, evitándose así la cirugía laparoscópica que exige anestesia general de la paciente). Obteniendo los óvulos y fecundados, se trasladan al útero

un cierto número de embriones, cuando éstos están en condiciones de iniciar su fijación o anidación.

La fecundación *in vitro* se ha convertido en una alternativa cotidiana para aquellos matrimonios sin otras posibilidades de procreación, aunque constituye un método excepcional y, como último recurso, para los casos de infertilidad.

Desde el punto de vista terapéutico, se puede afirmar que si el problema de la mujer consiste en la obstrucción irreparable de las trompas de falopio, pero su ovulación y su capacidad de gestar no están comprometidas, entonces, la solución clínica sería la fecundación homóloga *in vitro* de uno o varios de sus óvulos, y la transferencia posterior de los mismos al útero de la mujer. Si el defecto consiste en disfunciones graves de la ovulación, no susceptibles de corrección alguna, entonces la recomendación médica (cuestiones morales y jurídicas aparte) es la de obtener la donación de un óvulo ajeno o de un embrión residual de otra pareja que se haya sometido a la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones (FIVTE), en el caso de que el marido sea también estéril, siempre y cuando no haya contraindicaciones para el embarazo y el parto.

Cuando la cuestión radique exclusivamente en la infertilidad, es decir, en la incapacidad de la mujer para retener el cigoto y sobrellevar la gestación, entonces podría recurrirse al arrendamiento del útero, a fin de sustituir esa función, aportando la pareja infértil el material genético. Y en los casos extremos, cuando la esterilidad de la mujer sea absoluta (esterilidad sumada a la infertilidad), la maternidad subrogada con aportación de óvulo y vientre por parte de otra mujer, usando espermatozoides del marido de la estéril para inseminar a la subrogatoria, podría ser una solución al problema, por mas que resulte ásperamente cuestionada.

La fecundación *in vitro* puede solucionar también algunos casos de esterilidad masculina, por ejemplo, cuando el varón es oligospermico, el cual podría ser fértil

utilizando una fecundación artificial, en la que reducido número de espermatozoides es suficiente para conseguir la fecundación del óvulo. De ésta forma, se han conseguido varios nacimientos de niños cuyos padres son oligospermicos.

Una variante de la fecundación *in vitro*, es la denominada transferencia intratubárica de gametos (TIG), que consiste en colocar en cada una de las trompas de falopio dos óvulos, también extraídos mediante laparoscopia, y espermatozoides para que fecunden a aquellos en las propias trompas, es decir, en el ámbito en que naturalmente se produce la concepción.

El éxito de ésta técnica alcanza entre el 35 y el 40% de los casos, y está indicada para tratar esterilidad por factores masculinos, como problemas en la cantidad de movilidad de los espermatozoides y trastornos que impiden su ascenso por el canal femenino, así como para solucionar las esterilidades sin causa aparente y la endometriosis. El único requisito imprescindible para que ésta técnica obtenga buenos resultados, es que la mujer presente trompas sanas.

Ahora se habla de la fertilización intraperitoneal como una técnica más simple y efectiva. Durante la misma, el semen es colocado en la cavidad peritoneal para que caiga directamente en la trompa. Esta técnica es completamente ambulatoria, no requiere internación y es indolora. No se usa anestesia y la paciente sólo sufre una molestia similar a la ocasionada por el torno del dentista. Se usa en el caso de que los espermatozoides no alcanzan a través el moco cervical, o cuando el semen del marido no es bueno en cuanto a su cantidad o calidad. También es útil en el tratamiento de disfunciones fisiológicas, relacionadas con la impotencia por ingestión de drogas o por problemas psicológicos.

Finalmente, hay que mencionar que los bancos de semen, son aquellos institutos científicos dedicados a almacenar semen en la práctica de la fecundación artificial. El espermatozoides es congelado a 196° C., lo que permite conservarlo y realizar la

inseminación hasta diez años más tarde. Los requisitos para llevar a cabo la donación de esperma son:

- a) Lo debe realizar un hombre casado con, por lo menos, un hijo;
- b) Es siempre anónima, a título gratuito, se exige el consentimiento de la mujer donante;
- c) Los donantes son sometidos a exámenes clínicos y genéticos para evitar los riesgos de transmisión de enfermedades hereditarias;
- d) La utilización del esperma de un individuo es limitada a un número reducido de mujeres a efecto de disminuir los riesgos eventuales de consanguinidad; y
- e) El esperma es entregado exclusivamente al ginecólogo que realizará la inseminación.

A diferencia de la fecundación "in vivo", el encuentro extracorpóreo de los gametos acontece, bajo control, en el laboratorio. Las técnicas "in vitro" más empleadas hoy día son la FIV (fecundación "in vitro") y la ICSI (inyección intracitoplasmática de espermatozoides), a las que se asocia, una vez realizada la fecundación, la transferencia de embriones (ET).

2.2.7.3 TÉCNICAS DE MICROINYECCIÓN.

A finales de los años ochenta, un número considerable de parejas estériles sin resolución de este problema por los recursos terapéuticos convencionales, tras tentativos infructuosos de IAC, no podían acceder tampoco a las técnicas FIV,

porque el número de espermatozoides móviles progresivos con morfología normal disponibles para la inseminación estaba por debajo de los números esperados.

Entonces no existía otra posibilidad que la propuesta de IA o de FIVET con semen de donante. Es por este motivo que se comenzaron a desarrollar, en los noventa, en base a una técnica diversa de la FIV, ya conocida desde 1972, las técnicas de microinyección directa del gameto masculino.

Estas técnicas permiten, la fecundación artificial con pocos espermatozoides, sin tener que recurrir a semen de donante, las técnicas de microinyección más importantes son:

Inyección Intracitoplásmática de Espermatozoides" (ICSI).-

Es el método de micro manipulación más utilizado actualmente. Está indicada en casos de factor masculino grave (oligozoospermia, necrospermia, azoospermia), esterilidad inmunológica (anticuerpos anti-espermatozoides en el semen) y se utiliza en aquellos casos en los que hay fracaso repetido de fecundación.

El procedimiento es semejante al de FIV en cuanto a estimulación ovárica, captación de los ovocitos y preparación del semen. Para realizar la ICSI, se aspira un espermatozoide al interior de una pipeta y con la ayuda de los "micromanipuladores", se introduce y libera en el interior del ovocito. Si la fertilización tiene éxito, al día siguiente se pueden ver dos pro-núcleos y de ahí sigue la evolución normal de los embriones.

Los resultados con ICSI son del 26 al 30%, de embarazos, con una tasa de abortos del 15%, similar a los de la FIVET. La principal dificultad de este método (superadas ya las iniciales retenciones por la agresividad del método) es el incremento significativo de anomalías cromosómicas.

Disección Parcial de la Zona Pelúcida" (PZD).-

Prácticamente ya no se utiliza. Fue una de las primeras técnicas de micro manipulación. Una vez obtenidos los óvulos se abre una brecha en la zona pelúcida por medios mecánicos y se dejan allí los espermatozoides. Se utilizaba en aquellos casos con factor masculino en los que no se alcanzaba el embarazo.

2.2.7.4 TÉCNICAS COADYUVANTES DE FECUNDACIÓN ASISTIDA.

La fecundación asistida ha tenido los cambios más importantes en los últimos años gracias a la utilización de técnicas complementarias, a continuación estudiaremos las técnicas complementarias más usadas.

Criopreservación de gametos:

La criopreservación de espermatozoides ha supuesto un cambio notable en la fecundación asistida. En la práctica, esto supone una mejora de las condiciones técnicas de conservación y transporte del semen. La criopreservación de ovocitos, en cambio, se ha desarrollado mucho menos. Por ahora, la supervivencia y baja tasa de fecundación de los ovocitos crio-preservedos hace que esta técnica se emplee muy poco.

Aspiración de espermatozoides epididimaria (MESA) y testicular (TESA):

Estas técnicas se emplean cuando no se pueden obtener espermatozoides por otros medios.

Donación de ovocitos .-

Cuando por diversos motivos, la mujer no ovula adecuadamente, se trata, generalmente de mujeres que no pueden producir sus propios ovocitos por falta de desarrollo de los ovarios, cese de su funcionamiento por menopausia precoz,

infecciones, cirugía o quimioterapia. En algunos países, los centros de fecundación asistida le ofrecen la posibilidad de una donación de ovocitos.

Los óvulos donados preceden de donación (generalmente anónima) de otra mujer.

Una vez fecundados (generalmente con semen del marido) los embriones son transferidos al útero de la mujer. Hay dos tipos de donantes: cualquier mujer que voluntariamente decida donar sus ovocitos, bien en el mismo proceso de una ligadura de trompas o tras un ciclo de estimulación ovárica hecha precisamente para esto o bien, pacientes en proceso de FIV donde hay un número muy alto de ovocitos y desean donar éstos en lugar de intentar congelar los embriones sobrantes. Esta técnica representa, hoy día, la tasa de embarazo mas alta de las técnicas de fecundación asistida, entre el 49 al 51%.

Test de fertilización:

Para determinar la capacidad de fecundación de los ovocitos, en muchos lugares se practica este test, que consiste en fecundar un ovocito, a modo de prueba, ver su evolución y después desecharlo para proceder con el proceso de FIV, en el caso de que la fecundación haya sido normal. Los embriones así formados son congelados o, incluso, destruidos.

Diagnóstico prenatal.-

Es una técnica que permite prever anomalías genéticas mediante el análisis de los cromosomas femeninos. Si contiene anomalías, no se procede a la fecundación de ese ovocito.

Diagnostico Genético Preimplantatorio (DGP):

Se hace un examen genético tomando una de las células del embrión, e introduciendo una serie de sondas diferentes y específicas para cada cromosoma. Mediante técnicas de hibridación, se ponen de manifiesto la normalidad o anomalía de algunos cromosomas de los que se disponen sondas para su

evaluación. Si aparece una anomalía, el embrión no es transferido (selección embrionaria).

Técnica de co-cultivo :

Se cultivan embriones obtenidos por FIV hasta el estadio de blastocisto sobre una capa de células procedentes del endometrio que son capaces de secretar factores que aportan un ambiente apropiado.

Criopreservación de embriones:

La estimulación ovárica produce varios ovocitos fecundables y suelen fecundarse un número variable de ellos. Los embriones que no son transferidos en el mismo ciclo, se congelan y guardan para poder ser descongelados y transferidos en otro ciclo.

La congelación no es inocua para el embrión. La tasa de supervivencia es de 60-65% de embriones congelados, y depende fundamentalmente de las condiciones del mismo. La tasa de embarazos una vez transferidos oscila entre el 15 y el 20%. Tampoco se ha encontrado variación en los índices de niños con anomalías. En la actualidad se facilita a las parejas información, y son ellas las que deciden el destino de los embriones congelados, dentro de las posibilidades previstas por la ley (en España no pueden, por ejemplo, decidir su destrucción, sino sólo su congelación en los términos legales establecidos).

De tal manera, podemos concluir que el divorcio es la forma legal de disolver el vínculo conyugal, declarado por autoridad competente, dejando a los cónyuges en aptitud de contraer nuevas nupcias. En el Código Civil vigente para el Distrito Federal, podemos distinguir dos tipos de divorcio: el Divorcio Voluntario (que a su vez, se divide en Administrativo y Judicial) y el Divorcio Necesario.

El Divorcio Necesario es la disolución del vínculo matrimonial, basado en alguna causa señalada en la ley, y a petición de uno de los cónyuges.

El Divorcio Voluntario surge por el mutuo consentimiento de los cónyuges. Y el Divorcio Administrativo procede cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convienen en divorciarse, son mayores de edad, no tienen hijos en común, o teniéndolos, son mayores de edad y no requieren alimentos.

Por otra parte, en éste capítulo estudiamos que las causas de divorcio son las razones o motivos que dan origen a la disolución del vínculo matrimonial. Podemos ver que éstas son independientes unas de otras, y que en el Distrito Federal, la Fecundación Asistida, realizada sin el consentimiento del cónyuge es una causa de Divorcio Necesario.

CAPÍTULO TERCERO.

MARCO JURÍDICO DE LA FECUNDACIÓN ASISTIDA Y LA FILIACIÓN.

En el presente capítulo abordaremos todos los aspectos jurídicos de la fecundación asistida y la filiación, desde nuestra Carta Magna, la Ley General de Salud, el Código Penal para el Distrito Federal y el Código Civil para el Distrito Federal, cómo se encuentra regulada el Distrito Federal.

Estudiaremos cuál es la situación jurídica del hijo nacido a través de la fecundación asistida, es decir, si un ser que es producto de la concepción artificial cuanta con personalidad jurídica, si es así, en qué momento. También señalaremos los derechos y obligaciones a los que está sujeto.

Estudiaremos porqué la fecundación asistida es un acto jurídico y cuáles son los requisitos para que jurídicamente se considere así, los requisitos y formalidades que debe seguir el contrato que se celebre con motivo de los métodos de fecundación asistida; así mismo cuáles son las partes de éste contrato y cuáles son los derechos y obligaciones de cada una de las partes del contrato que se celebre.

Señalaremos cuál es la situación jurídica del médico que utilice los métodos y técnicas, así como sus derechos y obligaciones y las penas a las que incurrirá en caso de no acatar sus obligaciones.

Veremos que el consentimiento mutuo entre los cónyuges, para poder recurrir a los métodos de fecundación asistida es un factor importante y determinante en las relaciones conyugales, ya que si el consentimiento no es mutuo puede ser causa de divorcio, como lo estudiamos en el segundo capítulo del presente trabajo.

Por otra parte, señalaremos la relación que existe entre la fecundación asistida y el aborto, ya que en muchas ocasiones, las personas que acuden a éstos métodos de reproducción asistida, se arrepienten y recurren al aborto. Investigaremos si acaso está regulado el aborto del producto de la concepción a través de la inseminación artificial, y si es así, cuál es la penalidad que se aplica actualmente.

En el presente capítulo estudiaremos los conceptos generales de la filiación, es decir, estudiaremos el vínculo indisoluble que trae consigo la filiación, así mismo, analizaremos que éste no solo se adquiere por un vínculo biológico, pues también se puede adquirir a través de un vínculo jurídico como la adopción. Abordaremos los derechos y obligaciones que trae consigo la filiación así como la relación que se crea entre los padres y los hijos, su trascendencia moral y patrimonial que la filiación trae consigo. Analizaremos las similitudes y diferencias entre la filiación matrimonial y la filiación extramatrimonial.

Las clases de filiación son básicamente tres: la filiación matrimonial, la filiación extramatrimonial y la filiación civil o adoptiva.

Conoceremos si la ley hace alguna distinción entre los hijos adoptivos, extramatrimoniales y naturales, así como las consecuencias jurídicas en la relación paterno-filial que se genere en cualquiera de estas tres situaciones.

3.1 LA FECUNDACIÓN ASISTIDA COMO ACTO JURÍDICO.

A diferencia de la inseminación natural, la inseminación y la fecundación asistida son actos jurídicos del Derecho Familiar, en los cuales conviene estudiar lo relativo a sus elementos esenciales y de validez.

La fecundación asistida es un acto jurídico, ya que dentro de la forma normal de la convivencia conyugal se debe dar el débito carnal que es uno de los "deberes

jurídicos" que integran la relación jurídica.

"La relación sexual entre el hombre y la mujer no es un acto jurídico, ya que ésta es parte de una relación jurídica; esta relación jurídica se genera del acto jurídico boda, cuyo objeto es la "comunidad íntima de vida" que como un estado jurídico se establece."⁴³ Por lo tanto, la inseminación natural, es pues, consecuencia de un "deber jurídico".

En la inseminación artificial al no poder ser el embarazo consecuencia del coito, por esterilidad o por algún defecto orgánico que impide la fertilidad, se recurre a medios artificiales, donde interviene el ingenio humano y la ayuda de terceros como lo es la colaboración del médico; en la inseminación heteróloga intervienen adicionalmente o un donador de semen o una donadora de óvulo.

Se requieren actividades distintas a las naturales y la aceptación de esas manipulaciones técnicas es lo que le da el carácter de acto humano, que si bien tiene la misma finalidad, ésta se logra de forma distinta a la natural.

El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación, en su artículo 43, refiere que la aceptación de las manipulaciones técnicas realizadas con el objeto de obtener la fecundación asistida, requiere de una carta de consentimiento informado de la mujer y su cónyuge.

"Por lo que nos encontramos ante la necesidad de utilizar un documento, que más que una carta consentimiento, a nuestro parecer es un contrato, en el que deben intervenir como partes el médico especialista, los consortes y dos testigos."⁴⁴ Por lo que nos encontramos ante un contrato plurilateral. El médico que realizará la

⁴³ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. La Familia en el Derecho. México, Porrúa, S.A. 1992, pág. 174.

⁴⁴ *Ibidem*, pág.58

intervención tiene la obligación de verificar que se hayan reunido los requisitos médico-legales.

La participación de los cónyuges tiene por objeto constituir una relación jurídica que genere deberes, derechos y obligaciones paterno-filiales. Por lo tanto, la firma del contrato debe producir consecuencias irrevocables por tratarse de filiación.

Como condición de legalidad, deberá acreditarse médicamente que los cónyuges no pueden tener hijos por medios naturales, no importando que ya los hubieren tenido con anterioridad, pues se trata de la voluntad de ambos de procrear un nuevo hijo. Para tal efecto se requiere un dictamen médico que acredite esa situación.

El médico es otra parte en el contrato por ser quien realiza la intervención y debe dar las constancias necesarias para acreditar la imposibilidad de los consortes de procrear por medios naturales un hijo, y su compromiso de realizar la operación, cumpliendo las disposiciones legales aplicables en materia de salud, y sobretodo guardar el secreto profesional. El médico tiene la responsabilidad de asegurarse de las condiciones del semen.

Cabe señalar que nuestro actual Código Penal prevee varios artículos que sancionan al médico o a la persona que realice la inseminación artificial sin consentimiento de quien deba darlo:

“Artículo 150. A quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aún con el consentimiento de una mujer 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 seis 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 hubiera 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 de querrela."

"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."

3.1.1 NATURALEZA JURÍDICA DE LA FECUNDACIÓN ASISTIDA.

En cuanto a la naturaleza jurídica, se puede señalar que se trata de un acto jurídico (contrato) formal. Siempre se requerirá la forma escrita para comprobar el o los consentimientos. La legislación señala que el consentimiento debe ser "informado", tanto de la mujer como del cónyuge o concubinario.

Los artículos 21 y 22 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud señalan que para que "el consentimiento informado se considere existente, el sujeto de investigación, o, en su caso, su representante legal deberá recibir una explicación clara y completa, de tal forma que pueda comprenderla, por lo menos sobre siguientes aspectos:

1. La justificación y objetivos de la investigación (fertilización);
2. Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito, incluyendo la identificación de los procedimientos que son experimentales;
3. Las molestias o los riesgos esperados;
4. Los beneficios que pueden obtenerse;
5. Los procedimientos alternativos que pudieran ser ventajosos para el sujeto;
6. La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta y aclaración a cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos, beneficios y otros asuntos relacionados a la investigación y el tratamiento del sujeto;
7. La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio sin que ellos se creen perjuicios para continuar su cuidado y tratamiento;
8. La seguridad de que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad;

9. El compromiso de proporcionar información actualizada obtenida durante el estudio, aunque ésta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando;
10. La disponibilidad del tratamiento médico y la indemnización que legalmente tendrá derecho por parte de la institución de atención de salud en caso de daños que lo ameriten directamente causados por la investigación (fertilización); y
11. Que si existen gastos adicionales, éstos serán absorbidos por el presupuesto de la fertilización".

El artículo 22 agrega que el consentimiento "informado" deberá formularse por escrito y deberá reunir los siguientes requisitos:

- "1. Será elaborado por el investigador principal, indicando la información señalada en el artículo anterior y de acuerdo a la norma técnica que emita la Secretaría;
2. Será revisado y, en caso, aprobado por la comisión, ética de la institución de atención de salud;
3. Indicará los nombres y direcciones de dos testigos y la relación que éstos tengan con el sujeto de investigación (fertilización);
4. Deberá ser firmado por dos testigos y por el sujeto de investigación (fertilización) o su representante legal, en su caso. Si el sujeto de investigación (fertilización) no supiere firmar, imprimirá su huella digital y en su nombre firmará otra persona que él designe.

5. Se extenderá por duplicado quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación (fertilización) y/o de su representante legal".

El contrato es bilateral, y dentro de ésta clasificación es plurilateral, porque deben intervenir ambos cónyuges y el médico que realiza la intervención.

El maestro Manuel Chávez Asencio estima que se trata de un acto jurídico familiar de naturaleza irrevocable. La revocabilidad le viene a la fecundación asistida, antes de la inseminación o la implantación del óvulo fecundado, en ese justo momento puede haber revocación del marido o de la mujer, lo que debe hacerse en forma fehaciente y por escrito.

La irrevocabilidad deriva de la filiación que se genera, a semejanza de la concepción por medios naturales, al estar sancionado el aborto (salvo los casos de excepción que señala el Código Penal), y al estimar nuestra legislación que el concebido tiene personalidad jurídica.

Por último, la fecundación asistida tiene como uno de sus objetos crear una relación jurídica paterno-filial, con los deberes jurídicos, personales y las obligaciones y derechos patrimoniales económicos, y la obligación y responsabilidad del médico que participa en la operación de inseminación o implantación del óvulo fecundado.

Algunos autores han discutido la conveniencia de no celebrar contrato escrito, para no dejar rastro o huella de la inseminación o implantación artificial, argumentando que a través de presunciones que en el Derecho actual existen es posible comprobar la filiación, aún cuando la concepción es artificial. Sin embargo, consideramos que a fin de evitar conflictos, lo mejor será dejar evidente el consentimiento de los consortes y la responsabilidad del médico, por lo tanto consideramos el contrato de fecundación asistida como indispensable. Además que no es vergonzoso o degradante acudir a medios artificiales para ayudar a la

naturaleza a cumplir su función procreadora, y como ya hemos referido anteriormente, ésta es una posibilidad que la naturaleza otorga a las parejas estériles para poder concebir un hijo.

En cuanto a los elementos esenciales del contrato de fecundación asistida, se siguen todos los principios de la teoría de las obligaciones para la existencia del consentimiento y objeto que deben ser materia del acto jurídico, para que éste pueda existir.

Con relación a la mujer, la expresión del consentimiento la obliga someterse a la práctica de la inseminación artificial o la implantación del óvulo fecundado. Sin embargo, antes de la intervención puede negarse y revocar su consentimiento, pues se trata de un acto de tal trascendencia que admite la revocación unilateral por la simple decisión de alguno de los consortes sólo antes de la intervención.

Para la mujer la intervención agota el contenido del consentimiento, pues el nacimiento será un hecho que no puede ser desconocido para ella.

En cuanto al marido, éste debe prestar su consentimiento para la inseminación artificial o la implantación del óvulo fecundado, y a semejanza de su consorte, también puede haber revocación hasta antes de la intervención. A diferencia de la mujer, el contrato no se agota y queda obligado como padre de la criatura, pues el hijo que nazca, se presume como habido del matrimonio, toda vez que la paternidad no es posible probarla por medios directos.

La participación del médico es en relación a la intervención que realizará, más no garantiza los resultados de la misma. Es decir, realizándose la operación de acuerdo a la técnica médica aplicable al caso, y habiéndose asegurado de cumplir las exigencias de la Ley General de Salud, cesa su responsabilidad clínica, pero perdura su obligación al secreto profesional.

En cuanto a los elementos de validez se siguen las reglas generales en cuanto a la capacidad, vicios del consentimiento, objeto y motivo lícitos y la forma del contrato.

El consentimiento, debe ser "informado", que significa una exigencia adicional a lo que se expresa en la teoría de las obligaciones. Es decir, se requiere además de las condiciones de validez para la expresión del consentimiento, el que éste sea debidamente "informado". Esto, se debe a lo especial de éste acto jurídico, que afecta la procreación y la responsabilidad de generar una nueva vida humana. En la teoría general los vicios del consentimiento provocan la nulidad del contrato.

En esta materia, adicional a la nulidad está la sanción de carácter penal que impone al que "sin consentimiento de la mujer o aún con el consentimiento, si ésta fuera menor o incapaz, realice la inseminación artificial" (Artículo 466 de la Ley General de Salud). Se agrega como penalidad que sea aplicada una prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta el embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

El artículo citado recuerda que "la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge", lo que hace presumir que si no hay este consentimiento conyugal y se le insemina, quien la practica también se hace acreedor de la pena señalada.

3.1.2 PRINCIPIO DE PERSONALIDAD APLICADO AL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN A TRAVÉS DE LA FECUNDACIÓN ASISTIDA.

Con lo anteriormente estudiado, nos podemos dar cuenta de que la fecundación *in vitro* nos plantea un problema adicional: la persona humana. Es decir, se debe determinar la personalidad jurídica y consecuentemente, la protección del concebido tanto civil como penalmente.

En nuestro derecho la personalidad se inicia con la concepción. Lo que deriva del artículo 22 del Código Civil, ya que en su primer parte establece que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, sin embargo, el mismo artículo agrega: "pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley, y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código". Por lo que se amplía el concepto de la personalidad jurídica al concebido, lo que se robustece con los artículos 1313 fracc. I y el 1314 del Código Civil para el Distrito Federal.

El artículo 1313 fracc. I señala que la falta de personalidad es un impedimento y quien lo padece no tiene capacidad para heredar; el segundo artículo señala que son incapaces para adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, interpretado a *contrario sensu*, significa que el concebido tiene personalidad jurídica, para heredar.

Como ya habíamos estudiado, la concepción ocurre mediante la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Desde que el óvulo es fecundado por el espermatozoide queda determinada la individualidad genética del nuevo ser. El desarrollo embrionario posterior no altera esa individualidad ya determinada desde su origen.

La cuestión planteada era si los concebidos *in vitro* o en probeta, desde ese momento son persona para los efectos jurídicos. Como ya lo hemos referido anteriormente, el artículo 22 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, solo hace referencia al momento en que "un individuo es concebido", no señala el "lugar" de la concepción, lo cual nos permite afirmar que para nuestra legislación el concebido *in vitro* o en probeta ya tiene personalidad jurídica, y, consecuentemente, entra bajo protección de la ley civil y penal.

Por su parte, la biología aclara que la vida humana comienza en el momento de la fertilización, cuando los dos gametos (masculino y femenino) se unen y dan como producto el huevo, cuya existencia es diferente a la de la madre, y ya no es parte de ella.

3.1.3 LA FECUNDACIÓN ASISTIDA Y SU RELACIÓN CON EL ABORTO.

La fecundación humana, ya sea corpórea o extracorpórea, es el inicio de la vida de un nuevo ser humano. Hasta ahora, la fecundación *in vitro*, solo comprende el inicio de la gestación, pues es necesaria la implantación en la mujer del óvulo fertilizado; pero nada impide que en el futuro se pueda desarrollar toda la gestación fuera del seno materno y se diere el nacimiento también por laboratorio.

Ante tal situación nos preguntamos: ¿Qué límites jurídicos existen para la libre manipulación, y en su caso, destrucción o modificación del embrión *in vitro*?, ¿La destrucción o a la modificación del embrión *in vitro* que por efecto de la manipulación pudiera llegar a alterar la evolución natural, fisiológica que conlleva la fecundación?

"En primer termino, está lo relacionado con el aborto en caso de destrucción el embrión logrado *in vitro*, por no poder ser implantado o por haber transcurrido el término conveniente y fue necesaria su destrucción.

Se debe tomar en cuenta la orientación científica sobre la vida intrauterina del ser humano que tiene una extensión de nueve meses. Dentro de ese tiempo hay cuatro semanas generales:

Una semana desde la fertilización hasta la animación, tres meses desde la animación hasta la formación del feto, cuatro meses de crecimiento del embrión hasta la viabilidad, es decir, cuando ya es capaz de vivir fuera del seno materno,

dos meses de maduración hasta el parto. Dentro de éste período se entiende por aborto "la expulsión del producto de la gestación desde la fertilidad hasta la viabilidad".

De acuerdo a lo anterior, se debe distinguir dos momentos. Desde la fertilización hasta el séptimo mes de embarazo, tiempo durante el cual se puede cometer el delito de aborto; los dos últimos meses se denominan parto prematuro, por la viabilidad del producto.

El Código Penal de 1871 entendía por el delito de aborto la maniobra abortiva, sin tomar en cuenta directamente que la consecuencia fuera la muerte del feto. La legislación de 1929 agregó a la definición anterior: "con objeto de interrumpir la vida del producto". En el Código Penal de 1931 se cambió la noción, y por aborto se entiende, no la maniobra abortiva, sino la consecuencia final que es la muerte del feto.

Así, el artículo 329 del Código Penal, lo define diciendo que: "aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez". Tomando en cuenta que en materia penal la aplicación de la ley es muy estricta.

Evidentemente en 1931 el legislador no tuvo en la mente incorporar el delito de aborto los hechos que se estudian. En la definición se observa que no se hace referencia a la expulsión del seno materno como consecuencia de maniobras abortivas, solo se menciona la muerte del producto de la concepción, y se emplea el término "preñez" para expresar el tiempo en que el delito puede cometerse.⁴⁵

En el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española de 1970 refiere como preñez: al "embarazo de la mujer", pero también se entiende como "tiempo que dura el embarazo".

⁴⁵AMEZCUA RUIZ, Enrique. Teología Moral, Vida Humana. Argentina, Universidad Iberoamericana, 1980, p. 65.

Dentro de la actual definición del Código Penal cabe considerar como aborto la destrucción del embrión que se conserva en el laboratorio. Debemos tomar en cuenta que la ley, la doctrina y la jurisprudencia hacen referencia a la madre. El embarazo o preñez se refiere a la mujer. Así, la hipótesis legal del aborto habla tanto del abortador como de la madre, y establece sanciones para cada uno de ellos. Se establece el aborto *honoris causa* y se mencionan los abortos no punibles, como son el aborto causado por imprudencia de la mujer embarazada, el aborto cuando el embarazo sea resultado de la violación, y el aborto en estado de necesidad o terapéutico.

En todos ellos se hace mención de la mujer. Lo anterior nos hace observar que la legislación, la doctrina y la jurisprudencia han tomado como gestación la que se realiza en el seno materno. Aún cuando la definición puede aceptarse que quede comprendida la destrucción en el laboratorio, sin embargo, es de observarse que no hay penalidad para estos casos, porque en todos se toma en cuenta el consentimiento de la mujer, o bien la violencia física o moral ejercida sobre ella.

Lo cual nos lleva a concluir que, siendo un ilícito jurídico que puede quedar comprendido dentro de la definición que del aborto da el Código Penal al no haber pena, según el principio "no hay pena sin ley", por lo que hoy no se puede considerar como delito. Ésta conclusión no impide observar que hoy existe una nueva posibilidad de aborto, al que la legislación debe comprender y sancionar.

De igual manera, consideramos que se debe considerar ilícito, y debe ser penalmente sancionada la experimentación con embriones humanos que tengan como finalidad perjudicar la genética de cada uno de ellos. Además, tomando en consideración que el concebido ya tiene personalidad jurídica, no es posible humana ni jurídicamente experimentar con el embrión, así como está sancionado y es ilícito cualquier experimentación con personas sobre nuevos procedimientos médicos, por la misma razón deben prohibirse todas esas experimentaciones que pueden tener unas consecuencias de gravedad inimaginables.

Para concluir, hemos señalado que la Fecundación Asistida es un acto jurídico, ya que al realizarse se requiere de una carta de consentimiento o "contrato" en el que deben de intervenir como partes el médico especialista, los cónyuges y dos testigos, como lo refiere el artículo 43 del Reglamento de la Ley General de Salud.

El contrato debe contener los elementos de validez, que son: capacidad de las partes, sin vicios del consentimiento, objeto y motivos lícitos y por escrito.

El consentimiento debe ser mutuo entre los cónyuges, pues de lo contrario se hacen acreedores a una penalidad, pues habiendo consentimiento de los cónyuges deben dar firmeza a la filiación y cumplir con su responsabilidad.

Estableciendo como condición de legalidad que los cónyuges no pueden tener hijos por medios naturales. La naturaleza jurídica de la Fecundación Asistida, es que siempre requerirá la forma escrita para comprobar el consentimiento de ambos cónyuges. Este acto jurídico es irrevocable, debido a la filiación que se genera, además que nuestra legislación estima el Principio de Personalidad al producto desde el momento de su concepción.

Por lo que la fecundación asistida crea una relación paterno-filial, con sus respectivos deberes y obligaciones jurídicos. Al hijo nacido a través de la Fecundación Asistida se considera como un hijo concebido naturalmente. En cuanto a la madre, la filiación se tiene por el simple nacimiento.

3.2 GENERALIDADES SOBRE LA FILIACIÓN

La filiación por naturaleza es aquella que tiene como base para su existencia el hecho biológico de la procreación, de donde nace un vínculo indisoluble que es el de la sangre; dejando fuera de estudio la filiación por adopción.

La determinación legal de la filiación tiene importantes consecuencias en el ámbito jurídico, en primer lugar origina deberes, derechos y obligaciones que tiene sus manifestaciones en la esfera familiar, y otra consecuencia no menos importante es que una vez establecida, la filiación constituye un verdadero estado jurídico.

La filiación está relacionada con el concepto jurídico de parentesco consanguíneo, que se establece respecto de las personas que descienden unas de otras; su fuente primordial es la familia, que es la que tiene mayor relevancia por la que particularmente tome el nombre de filiación. Tenemos como hechos jurídicos relacionados con la filiación la concepción, la gestación y el nacimiento, que producen consecuencias de derecho al establecer la filiación que constituye un estado jurídico; es decir, la filiación como hecho jurídico reconoce su relación y antecedente en los hechos jurídicos de la concepción, gestación y nacimiento, que son hechos biológicos que crean vínculos jurídicos.

La concepción es la referencia que en el derecho se toma para la determinación de la maternidad y la paternidad, son madre y padre quienes hubieren concebido al hijo, por lo que el derecho atribuye personalidad jurídica al concebido y no necesita del nacimiento para reconocerle la personalidad.

Con el nacimiento inicia el estado jurídico de la filiación que debe cambiarse con el hecho jurídico del parto y de la identificación del hijo en relación a la madre, y en la presunción de que lo que es del marido y del concubinario; también se inicia la filiación con el reconocimiento de la posesión del estado del hijo.

La filiación constituye por lo tanto, un estado jurídico originado por la procreación, como un hecho del hombre que el derecho toma en cuenta, el cual se genera, entre procreantes y procreados, un complejo de relaciones jurídicas recíprocas y complementarias de deberes, derechos y obligaciones, el derecho está presente, pues no puede haber filiación sin que la defina la ley. La procreación existe, por las características de la filiación las define el derecho. Se limita este estado

jurídico a padres e hijos, porque la relación de estos y con el grupo familiar amplio o con la sociedad, hace referencia a las relaciones jurídicas familiares.

De lo expuesto se deriva que este estado jurídico se origina de la filiación de hijos de matrimonio, de la filiación de hijos nacidos fuera de matrimonio y, también de la filiación adoptiva.

Las cuestiones relacionadas con la filiación son difíciles de tratar por su carácter polémico, que en no pocas ocasiones se ha supuesto una violenta ruptura entre la relación biológica y la relación jurídica.

3.2.1 CONCEPTO DE FILIACIÓN

"Filiación, del latín *filiatio onis*, de *filius*, hijo. La relación que de hecho y por razón natural existe entre el padre o la madre y su hijo, se conoce jurídicamente como filiación. En las situaciones creadas entre ambos progenitores y su prole"⁴⁶

Del hecho de la generación deriva un conjunto de relaciones jurídicas permanentes entre progenitores y su hijo.

El fenómeno biológico de la reproducción de los seres humanos, encuentra su expresión en el derecho en función de ciertos valores culturales, de esencia ético social, pues a nadie puede escapar que la procreación y el instinto sexual son el origen de la familia, base primaria de la organización de la sociedad. En efecto, la ley natural de la conservación de la especie, a la que se encuentra sometido el género humano y en general el reino animal comprende la fecundación, la concepción y el nacimiento, y ese fenómeno sirve de punto de partida por lo que el género humano concierne para constituir los conceptos jurídicos de filiación,

⁴⁶ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. México, Porrúa, pág 349.

parentesco y familia. De allí la última vinculación, inseparable, del hombre mismo del concepto jurídico de filiación.

El derecho no podrá de manera alguna desconocer que en la base y como fundamento de la filiación, partiendo de este hecho biológico, imprime estabilidad a la relación paterno filial y contribuye a formar un núcleo social primario de la familia a través de un complejo de relaciones jurídicas que nacen del estado civil o del estado de familia.

El término filiación del latín: *filius*, hijo; sintetiza el conjunto de relaciones jurídicas, que determinadas por la paternidad vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia. La filiación se refiere a la procedencia de los hijos respecto a los padres; significa un vínculo de origen, que permite señalar a los ascendentes de una persona determinada.

Dentro del derecho de familia se encuentra la filiación que tiene una relevante importancia, toda vez que de la filiación se desprende la procreación de los hijos a través de la concepción, gestación y nacimiento que son hechos que generan un vínculo biológico y jurídico entre progenitores: padre y madre y el hijo de ambos, o que tienen relación con la paternidad y filiación.

Paternidad en sentido estricto significa calidad de padre o relación del padre con su hija o hijo, así como maternidad significa calidad de madre o relación de la madre con respecto a su hijo o hija. Y en sentido amplio bajo el concepto general de paternidad comprende tanto el vínculo especial que une al padre con los hijos, como la maternidad une a la madre a sus hijos. Y estrictamente filiación cuando el punto de referencia es el hijo o hija con respecto a su madre o padre; lo cual nos permite decir: "Filiación es la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directo en primer grado: padre o madre, hija o hijo".⁴⁷

⁴⁷ MONTERO, Op. Cit. pág. 266.

De allí que la procreación constituya el presupuesto biológico fundamental de la constitución de la relación jurídico paterno filial "filiación, por lo tanto, en sentido jurídico significa la relación permanente que existe entre los padres, e hijos, que produce efectos jurídicos, consistentes en deberes, obligaciones y derechos familiares".⁴⁸

La filiación como todas las instituciones del derecho de familia, tiene también trascendencia moral y patrimonial para la persona y para la familia. Moral porque la filiación puede depender del nombre de la persona, su honor y la integración al grupo familiar. Económico porque de ella se deriva el derecho a los alimentos y los derechos sucesorios entre otros.

Así tenemos que: "La filiación es el vínculo jurídico, determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos".⁴⁹ Por lo que la filiación desde el punto de vista jurídico toma en consideración el nexo biológico que existe entre el progenitor y el descendiente, más sin embargo, no toda filiación biológica necesariamente es jurídica, puesto que es menester que se cumplan con los requisitos establecidos en la ley para que el hecho natural de filiación tenga consecuencias jurídicas. Es decir, se requiere que se trate de una filiación nacida del matrimonio, o bien, si fuera extramatrimonial que hubiere el reconocimiento por los medios previstos en la legislación.

3.2.2 CLASES DE FILIACIÓN

Sara Montero Duhal manifiesta que la filiación surge de tres formas: por el matrimonio, habida fuera de matrimonio surgida por la adopción simple; llamada respectivamente filiación matrimonial, filiación extramatrimonial y filiación civil o adoptiva. Cada una de ellas se constituye de manera diferente, pero una vez que

⁴⁸ CHÁVEZ, Op. Cit. Pág. 2.

⁴⁹ BOSSERT, Gustavo A. Manual de Derecho de la Familia. Argentina. Edit. Astrea. 1989. Pág. 359.

surge la relación jurídica entre progenitor e hijo, las consecuencias jurídicas son iguales para todos los sujetos. No existe desigualdad en el derecho mexicano para los hijos, ni diversas calidades entre ellos, es decir, la legislación vigente no distingue los derechos de los hijos en razón de su origen, la única distinción que existe es la forma de establecer el lazo de filiación.

La filiación matrimonial se establece cuando el hijo nace dentro de los plazos determinados por la ley. La filiación en su doble aspecto: paternidad-filiación, es un derecho que surge directamente del matrimonio tanto del hombre casado como para el hijo. Así tenemos que el artículo 345 del Código Civil vigente para el Distrito Federal reafirma lo anterior al señalar que: "No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido. Mientras que éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio".

La filiación extramatrimonial se establece en dos formas: por reconocimiento voluntario que realice el presunto padre cumpliendo los requisitos legales previstos en la ley y por la imputación de paternidad derivada de una sentencia en acción de reclamación interpuesta por el hijo o su representante legal.

Ignacio Galindo Garfias habla de una filiación consanguínea que puede ser matrimonial y extramatrimonial según que exista el vínculo del matrimonio entre el padre y la madre de la persona de que se trate, o por el contrario, que los progenitores no se encuentren ligados entre sí, por el vínculo conyugal.

Tradicionalmente, los sistemas legislativos, han partido de la base de la existencia o no existencia del vínculo conyugal entre el padre y la madre para distinguir dos grandes especies de hijos: aquéllos que nacen dentro del matrimonio y aquellos cuyos progenitores no estaban casados en la época de concepción. Tomando en consideración estas dos situaciones, se observa que la historia del derecho ofrece en el curso de su desarrollo diversos tratamientos legales, respecto de estas dos distintas especies de filiación que hoy aparecen claramente diferenciadas.

El Código Civil vigente, por lo que se refiere a los aspectos de filiación, no distingue entre las situaciones de los hijos nacidos dentro del matrimonio y la de los que nacen fuera de él; pues no existe diferencia alguna entre unos y otros respecto de la patria potestad, de la herencia, de la obligación alimenticia y el derecho a recibir alimentos, de los impedimentos para celebrar matrimonio ni finalmente por lo que añade al derecho de usar nombre del padre; por lo que de hecho les concede idénticos derechos; más sin embargo, hay que señalar que no toma en cuenta que el núcleo fundamental de la sociedad es la familia, y que esta tiene por base el matrimonio.

A pesar de estas equiparaciones, el Código Civil no puede dejar de reconocer la necesidad de organizar por lo que se refiere a la prueba de la filiación de los hijos fuera de matrimonio, un sistema distinto según se trate de unos y otros. Por lo que se refiere a los hijos de matrimonio el Código Civil ha creado un sistema conforme al cual, la filiación queda establecida por el hecho del parto de la esposa, donde se deduce, sin más la paternidad del marido.

En tanto que respecto de los hijos nacidos fuera de matrimonio, la filiación solo queda establecida a través del reconocimiento voluntario que hace el padre o de una sentencia judicial que declare la paternidad o la maternidad. En cuanto a la madre, la maternidad queda probada por el hecho del parto (la madre está obligada a que su nombre aparezca en el acta de nacimiento del hijo que ha dado a luz de conformidad a lo establecido en el artículo 60 del Código Civil para el Distrito Federal).

Por su parte Rafael Rojina Villegas maneja cuatro tipos de filiación:

1.- "La filiación legítima. Es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres."⁵⁰ En el derecho mexicano se requiere que el hijo sea concebido durante el matrimonio de los padres y no que simplemente nazca

⁵⁰ ROJINA, Op. Cit. Pág. 451

durante el matrimonio, porque pudo haber sido concebido antes del mismo, nacido cuando sus padres ya habían celebrado su matrimonio.

2.- "Filiación Natural. Es la que corresponde al hijo que fue concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio" ⁵¹ Tomando en consideración el momento de la concepción que la ley determina a través de presunciones, dentro del término mínimo o máximo del embarazo, para considerar que el hijo fue concebido cuando la madre no estaba unida en matrimonio.

3.- "Filiación Legítima. Es aquella que corresponde a los hijos que habiendo sido concebidos antes del matrimonio de sus padres nacen durante el, o estos lo reconocen antes de celebrarlo, durante el mismo, o posteriormente a su celebración".⁵² De lo expuesto, hay que observar que caben dos casos, de hijos legítimos: a) para los hijos que nacen dentro de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio de sus padres y b) para los hijos que hubiesen nacido antes de dicho matrimonio.

4.-"Filiación Legítima por Ministerio de la Ley. Comprende el caso del hijo que nació dentro de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y que no fue reconocido, pero que tampoco fue impugnado ejercitando el marido la acción contradictoria de paternidad"⁵³ A éste hijo se le llama legitimado por Ministerio de la Ley. En cambio, a los otros hijos se les llama legitimados por reconocimiento expreso, debido primero al subsecuente matrimonio de los padres, y después, a la declaración que directamente hagan reconociendo al hijo concebido o nacido antes de su matrimonio.

Manuel Peña Bernaldo de Quíroz dice que por el hecho que produce la filiación ésta puede ser: filiación por naturaleza, es decir, que se produce por el hecho de la generación, y la filiación puramente legal o por ministerio de ley (sea por

⁵¹ *Ibidem.*

⁵² *Ibidem.*

⁵³ *Ibidem.*

adopción, sea como consecuencia de la ley sobre técnicas de reproducción asistida sin haber filiación biológica). Ahora bien, la filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. La filiación es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí el concepto comprende no solo a los hijos engendrados dentro del matrimonio, también comprende a los nacidos antes del matrimonio de los padres, a los que antiguamente se llamaban hijos legítimos por su subsiguiente matrimonio.

La filiación es, obviamente no matrimonial en los demás casos. Dentro de ésta clase, filiación no matrimonial han desaparecido las dos antiguas subclases: de los hijos naturales y la de los hijos ilegítimos no naturales (los adulterinos y los incestuosos). Manuel F. Chávez Asencio hace referencia a la filiación biológica y ala filiación por acto jurídico. La filiación biológica reconoce en primera división, la que se origina en el matrimonio y la que se origina fuera de matrimonio; hay que recordar que la legislación del país fue una de las primeras en igualar ambos hijos independientemente de su origen.

Tanto la filiación dentro de matrimonio como fuera de matrimonio puede ser natural o artificial. La filiación natural es la consecuencia del acto sexual realizado en forma normal entre los consortes y admite una clasificación adicional, según sea la filiación de origen, es decir durante el matrimonio y dentro de los términos previstos en el artículo 324 del Código Civil, o bien la sobrevenida que se origina por la legitimación, pues el matrimonio subsecuente de los padres hace que se tenga como nacidos del matrimonio los hijos habidos antes de su celebración, artículo 354 del Código Civil. La filiación natural fuera de matrimonio no admite esta segunda división.

En ambos casos (en matrimonio o fuera de él) puede haber filiación como consecuencia de la inseminación artificial. En el matrimonio se trata de inseminación con elementos de ambos consortes (homóloga); en el concubinato deberá ser también con elementos de ambos concubinos. En otras situaciones,

como en el ejemplo de la madre soltera, la inseminación será heteróloga al no haber pareja humana. Dentro del matrimonio, la filiación heteróloga genera una filiación legal, es decir, distinta a la biológica.

Dentro del segundo grupo de esta división está la filiación por acto jurídico. Esta filiación se divide en adoptiva o artificial, pero ésta, por estar dentro de este grupo, puede ser heteróloga, es decir, con algún elemento distinto a los consortes o concubinos, puesto que de acuerdo con la actual legislación alguno de los consortes o concubinos no será el padre o la madre natural, pues por ser una inseminación heteróloga se está usando un elemento extraño a la pareja, y para lograrlo se requiere contratar los servicios técnicos de un especialista.

Finalmente, hay que hacer hincapié, que independientemente de las diversas clases de filiación que imaginen los autores, no hay que olvidar que no existe desigualdad o diferentes calidades en los hijos, y que tratándose de la filiación que sea las consecuencias jurídicas son las mismas.

3.2.3 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FILIACIÓN

En México, por las ideas que sustentó Venustiano Carranza como jefe del ejército constitucionalista y del movimiento revolucionario, a través de algunos jurisprudencistas, se sostuvo por primera vez la idea de equiparar al hijo legítimo con el natural, para atribuirle el mismo estado jurídico; para relacionarlo por consiguiente, con toda su parentela en virtud del vínculo consanguíneo y no a través del matrimonio, y para darle un estado integrado por un conjunto de derechos, no sólo para heredar, exigir alimentos y llevar el apellido del padre o de la madre, sino también para que goce de la protección jurídica que otorga la patria potestad, limitando sólo sus consecuencias, en la misma forma en que se hace respecto de los hijos legítimos.

Es decir, que dentro de una idea de justicia, el hijo no debe quedar desamparado por la forma en que fue procreado, sino que se está ante el problema humano de que hay un ser, que debe ser protegido, de que merece toda la protección del Estado para que no se desampare.

En virtud de lo anterior, el sistema jurídico mexicano actualmente da tanto a la filiación legítima como a la natural, todos los efectos y consecuencias jurídicas de un verdadero estado de derechos, es decir, de esta situación permanente del hijo, no sólo en relación con el padre o con la madre, sino también con la familia paterna y materna con el grupo social al cual pertenezca el progenitor.

En el sistema jurídico mexicano, la clasificación de los hijos habidos dentro del matrimonio e hijos procreados por quienes entre sí no se encuentran unidos por el vínculo conyugal, se explica sólo para los efectos de la prueba de filiación, en cuanto que los derechos y obligaciones de los padres respecto de sus hijos no difieren según que exista o no entre ellos el vínculo conyugal. Las consecuencias jurídicas, los derechos y obligaciones de los padres respecto de sus hijos son las mismas conforme al derecho civil, respecto de la filiación matrimonial o extramatrimonial.

En otras palabras, la distinción entre hijos nacidos de matrimonio e hijos nacidos fuera de matrimonio, se refleja únicamente respecto al diverso modo de probar la filiación según que se trate de hijos de matrimonio o de hijos fuera de matrimonio, y no atañe a cualesquiera otros efectos. No hay discriminación en el derecho mexicano para los hijos, ni diferentes calidades entre ellos, lo único diferente es la forma de establecer el lazo de la filiación.

La filiación conlleva a una relación jurídica paterno-filial que genera una serie de consecuencias jurídicas, como lo es que sin necesidad de alguna declaración constitucional, en la legislación los hijos tienen los mismos derechos e igual dignidad independientemente de su origen. En el artículo 4º de la Constitución

Política de los Estados Unidos Mexicanos se previene que es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. Es evidente que la obligación o deber primario de proteger y promover a los hijos corresponde a los padres; así se expresa en el artículo constitucional citado; éstos son los principales obligados como procreadores y nada ni nadie puede liberarlos de su responsabilidad, más sin embargo, en forma subsidiaria las instituciones públicas deben dar el apoyo necesario para la protección y promoción de los menores y auxiliar a los padres en su deber de tales.

Por otra parte, el bien de los hijos es un principio que regula toda la filiación; por lo que la legislación previene que el *bonum filii* debe ser el principio rector de todas las instituciones como son la patria potestad, la filiación, la adopción, la tutela, etcétera.

La protección que la ley garantiza es igual para los nacidos dentro o fuera del matrimonio y también para aquellos que no tienen relación alguna biológica, como en el caso de la adopción.

Este último en el derecho mexicano tiene los efectos limitados, si se trata de una institución que sólo produce entre adoptantes y adoptados; por lo tanto, el adoptado sólo se relaciona jurídicamente con el adoptado o los adoptantes en caso de matrimonio.

Asimismo, nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, expresa que los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción excepto la patria potestad que se transfiere al adoptante. Es decir, subsisten las obligaciones y derechos del parentesco natural que vincula al adoptado con su familia de origen, pero la relación jurídica en la nueva familia se limita a adoptante y adoptado.

Por otro lado, en el derecho mexicano se presenta una serie de efectos jurídicos en relación a los hijos habidos del adulterio surge una problemática de la cual la legislación no ha podido escapar. De hecho jurídicamente es difícil que éstos puedan convivir en la familia originada por el matrimonio; un cónyuge puede reconocer al hijo habido antes del matrimonio, sin consentimiento del otro cónyuge, pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal, si no es con la anuencia expresa de éste (artículo 372 del Código Civil). Lo mismo sucede cuando un cónyuge tenga un hijo con una persona que no sea su cónyuge durante la vida matrimonial, esta disposición legal impide al hijo vivir dentro de la familia generada por el vínculo matrimonial, la cual es explicable debido a la situación anómala, pero evidentemente hace que los efectos en relación a este hijo no sean plenos, pues aun cuando se reconoce el estado de hijo, no se le acepta dentro de la familia sin el consentimiento o anuencia expresa del otro cónyuge.

También el artículo 63, que se relaciona con los artículos 374 y 385 del Código Civil señala la dificultad de hecho y jurídica de los hijos habidos entre adúlteros. El nombre del padre, casado o soltero, puede asentarse en el acta de nacimiento, no así el nombre de la madre cuando sea casada y viva con el marido; adicionalmente, está vedada en este caso la investigación de la maternidad. Si nace de una mujer casada que viva con su marido, por ningún motivo podrá asentarse otro nombre de varón que no sea el del marido.

En ambos casos, podrá asentarse el nombre de la madre casada o del varón que no sea el cónyuge, sólo cuando el marido desconozca al hijo y exista sentencia ejecutoria.

A pesar de la problemática mencionada con antelación. Los efectos en relación a los hijos son los mismos independientemente que sean hijos de matrimonio o fuera de matrimonio. Sin embargo, aquellos hijos extramatrimoniales que no hubieren sido reconocidos por sus padres o que de ellos no hubieren logrado una

sentencia que reconozca la filiación, no podrán quedar comprendidos dentro de los efectos que solo se pueden generar de la relación jurídica derivada de la existencia de la relación biológica. Por lo tanto, los efectos van referidos a los hijos habidos de matrimonio y aquellos hijos que estuvieren dentro de la relación paterno-filial por reconocimiento de los padres, o por sentencia en la investigación de la paternidad o maternidad.

3.2.4 LA FILIACIÓN MATRIMONIAL

Se entiende por filiación matrimonial la que tiene su origen en la generación dentro del matrimonio, y para acreditar de una manera inequívoca la filiación matrimonial, es preciso, que el hijo pruebe: el matrimonio de los padres, su concepción durante el matrimonio, y su filiación materna y paterna o sea el hecho de haber nacido de la mujer que pretendiera y del marido de ésta.

Pero únicamente se puede demostrar de una forma plena y directa el matrimonio y la filiación materna, por lo que la legislación establece una doble presunción: en orden de tiempo de la concepción, la presunción de que son hijos legítimos los nacidos dentro de cierto plazo, que fijan teniendo en cuenta la duración normal del embarazo, y en orden a la paternidad, la presunción de que el marido de la madre es padre de los hijos concebidos durante el matrimonio.

La filiación matrimonial llamada también filiación legítima, supone que el padre y la madre son casados y que el hijo fue concebido durante el matrimonio, ya que el momento de la concepción es el decisivo para determinar la filiación; puede sin embargo, haber sido concebido antes del matrimonio siempre que nazca durante el matrimonio; por lo que el concepto comprende no solo a los hijos engendrados dentro del matrimonio, ni solo a los nacidos dentro del matrimonio, también comprende a los nacidos antes del matrimonio de los padres.

Así se tiene, que la filiación legítima es la relación que existe desde el punto de vista de los hijos respecto a los padres y que se puede comprobar mediante el acta de matrimonio de sus padres y el acta de nacimiento del hijo. En consecuencia, los hijos nacidos de matrimonio celebrado ante el juez y el oficial del registro civil reciben el nombre de los hijos legítimos es decir, cuando el hijo legítimo es aquel que ha nacido como consecuencia de las relaciones de dos personas unidas por un matrimonio civil, de manera que para establecer la filiación será necesario demostrar que ha nacido de la unión de dos personas y que éstas se encuentran unidas por un matrimonio.

Este tipo de filiación, por lo tanto, tiene su origen dentro del matrimonio, es decir, la que corresponde a los hijos de personas unidas entre sí por el vínculo matrimonial, es un lazo jurídico que une al niño con su padre y con su madre estando éstos casados.

Por lo que el padre y la madre han formado una familia que está apoyada en el matrimonio en donde el hijo es concebido durante esa unión, o el hijo fue concebido durante el matrimonio en caso de que haya posteriormente divorcio de los padres o nulidad del matrimonio.

3.2.5 LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Los hijos nacidos fuera de matrimonio se han considerado tradicionalmente según que los padres, en el momento de la concepción, hubieren podido contraer matrimonio por no existir para ello ningún impedimento para celebrar tal contrato.

Por lo que la filiación extramatrimonial es la relación que existe entre el hijo y sus padres, cuando estos últimos no se encuentran unidos por matrimonio civil.

La filiación extramatrimonial es también conocida como filiación legítima, es decir, la derivada de la unión no matrimonial. Esta se da tanto en los casos en que hay imposibilidad de matrimonio entre los padres como en aquellos en los que media algún impedimento, ya sea por matrimonio subsistente de alguno de ellos o por existir entre ellos alguna relación de parentesco por nombrar alguno de los impedimentos para contraer matrimonio.

La filiación extramatrimonial es la que corresponde al hijo que fue concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio. Vuelve nuevamente a tomarse en cuenta el momento de la concepción que la ley determina a través de presunciones, dentro del término mínimo o máximo del embarazo, para considerar que el hijo fue concebido cuando la madre no estaba unida en matrimonio.

La filiación de estos hijos resulta con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad, por lo que la maternidad es un hecho indubitable, y la paternidad es sólo una presunción jurídica que surge con certeza dentro del matrimonio.

La prueba de la maternidad se acredita con el parto, por lo que la prueba directa es fácil, pero con relación al padre, no habría hasta antes de la llamada prueba genética otra posibilidad que la prueba presuncional. Si se toma en cuenta que la presunción a la que hace referencia consiste en imputar como hijo del marido el habido de la mujer casada; en relación a los hijos habidos fuera de matrimonio, esta presunción sólo opera en relación a los hijos de los concubinos.

Finalmente, hay que agregar que la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio, en términos generales, corresponde a los concebidos por progenitores que no están unidos en matrimonio. Esta filiación hace referencia tanto a los nacidos de padres que nunca se casaron, como a los hijos nacidos de padres casados cuando hubieren nacido dentro de los primeros 180 días de la

celebración del matrimonio o después de 300 días de la disolución, pues se encuentran fuera de los plazos establecidos para que la presunción *iuris tantum* que establece el artículo 324 del Código de referencia surta efectos legales.

Es decir, se considera que en estos supuestos, la concepción se originó antes de la celebración del matrimonio, o después de su disolución.

CAPÍTULO CUARTO.

EL EMPLEO DE MÉTODOS DE FECUNDACIÓN ASISTIDA COMO CAUSAL DE DIVORCIO EN EL DISTRITO FEDERAL Y LA SITUACIÓN JURÍDICO-FILIAL DE LOS HIJOS.

Es muy difícil reconocer y más aún, aceptar la existencia e incidencia del uso frecuente de métodos de fecundación asistida sin el consentimiento del cónyuge. Sin embargo, hay que percatarse de que el cambio de las condiciones sociales de la vida moderna, impone la necesidad de renovar la legislación y el derecho civil, ya que éste no puede permanecer ajeno a la transformación que la sociedad humana experimenta, porque corre el riesgo de quedarse estancado ante el constante proceso de la transformación humana y científica.

Bajo tal perspectiva, resulta comprensible deducir que, el desconocimiento y vacío del Derecho Civil, del nuevo quehacer biológico, engendra de modo inevitable, oscuridad e incertidumbre ante la conducta tomada por los copartícipes en el procedimiento inseminal. De ahí la necesidad de reformar, adicionar o crear nuevas leyes en dos ramas principales civil y penal, para situar al derecho mexicano como verdadero vanguardista dentro de la legislación mundial, pero sobre todo, para aplicar adecuadamente el derecho al cambio científico y social que estamos viviendo.

Los abogados, los legisladores y los jueces se encuentran perplejos ante éstas realidades, y más cuando el Derecho mexicano no tiene respuestas para tales situaciones.

Existe una corriente de pensamiento que postula como la mejor solución el silencio de la ley, es decir, dejar que sea la conciencia de cada individuo la que regule sus situaciones personales en el terreno de la procreación. Mientras otra corriente de pensamiento manifiesta que esto no es aceptable, porque los

conflictos surgidos entre los particulares llegan a los tribunales, tal es el caso de Estados Unidos donde se han presentado diversos juicios que tiene que ver con las técnicas de fecundación asistida, país en el que se ha legislado al respecto, toda vez que un juez no puede fallar por oscuridad de la ley; este es un principio jurídico, establecido en el artículo 18 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice: "El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia".

La ley puede tener algunas lagunas y las tiene, pero el derecho, conjunto de reglas que organizan a la sociedad, no puede tenerlas. Si falta una ley aplicable a un caso, el juez debe recurrir a los principios generales del derecho para solucionar un conflicto.

Las nuevas realidades surgidas del proceso de la biología y de la genética plantean interrogantes que superan todo lo que se hubiese podido prever en la ley; las posibles respuestas pueden llegar a cambiar los principios sobre los que reposa el sistema jurídico mexicano y que se mantienen constantes desde siglos.

Hoy en día, además de los bienes jurídicos conocidos, la doctrina jurídica habla de nuevos valores tutelares, así se discute sobre el derecho a tener un hijo, entendido como el derecho que toda mujer tiene de procrear valiéndose de técnicas que la ciencia pone a su disposición se habla de un derecho del embrión como un ente susceptible de ser protegido, se encara la existencia de un derecho genético, como el derecho del individuo y de la sociedad a una progenie sana.

Fuera del campo de la doctrina, se cuenta con un conjunto de normas jurídicas que debe regular necesariamente una realidad que se les está escapando; así, el juez se ve obligado aplicar viejos moldes a hechos nuevos. Se debe analizar cada uno de los casos propuestos a la luz de las normas jurídicas, y dar la respuesta que, hoy por hoy, sería la correcta según la ley mexicana.

Por tal motivo, en el presente capítulo culminaremos con nuestro trabajo, proponiendo una serie de reformas, textos y adiciones al Código Civil vigente para el Distrito Federal en materia de Fecundación Asistida y Filiación.

4.1 CONSENTIMIENTO MUTUO DE LOS CÓNYUGES PARA EMPLEAR MÉTODOS DE FECUNDACIÓN ASISTIDA.

Tradicionalmente, la procreación se ha entendido como una de las finalidades del matrimonio; este fin es protegido por el derecho del artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice: "Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige".

De lo anterior, concluimos que sí existe el derecho a procrear, haciendo uso de cualquier tipo de técnica o método que la ciencia ponga a disposición de las personas; en otras palabras, existe el derecho a tener un hijo.

Por su parte, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 4º establece: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos". Este precepto legal tiene doble sentido, por un lado, consagra el derecho de la persona a no procrear necesariamente como consecuencia de la relación carnal; pero, por el otro, sienta un principio permisivo para quien decida tener hijos.

Esto se corrobora con lo establecido por la Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984, que entró en vigor el primero de julio del mismo año. Ésta ley tiene un título dedicado a los servicios de planificación familiar, que se remite expresamente al artículo 4º constitucional en

su artículo 67, párrafo 2º; y según el artículo 68, fracción IV de la citada ley, señala que los servicios de planificación familiar comprenden: "El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana". Por lo que el apoyo y fomento de la investigación en los aspectos de infertilidad humana y biología de la reproducción supone, lógicamente, el de las conclusiones y consecuencias a que tal investigación conduzca.

No obstante, en concreto, los medios de procreación actualmente discutidos no son regulados por ninguna ley para permitirlos, prohibirlos o limitarlos.

Como anteriormente se mencionó, uno de los tantos problemas que trae consigo las prácticas de fecundación asistida, es el hecho de realizarse sin el consentimiento del cónyuge, lo cual constituye una causal de divorcio.

Aunque los principios constitucionales con respecto a esta materia y su desarrollo legislativo en el Código Civil para el Distrito Federal y para el Estado de México, han ido actualizándose, sus redactores no tuvieron en cuenta los últimos desarrollos científicos por lo que a la procreación asistida se refiere. Pues bien, las mencionadas técnicas y métodos de fecundación asistida, han introducido cambios sustanciales que inciden directamente sobre el sentido de la regulación del uso de métodos de procreación asistida sin el consentimiento del cónyuge como causal de divorcio, actualmente en el Distrito Federal.

La verdad biológica en la que pensaron los legisladores está basada en la generación humana tal y como se produce naturalmente y con carácter exclusivo; la previa realización del coito entre el hombre y la mujer. El coito era la única vía que daba lugar a la fecundación de la mujer por el hombre, al embarazo de aquella y finalmente al parto.

A partir de éste último se producen los efectos jurídicos correspondientes. La maternidad natural que el Código Civil vigente para el Distrito Federal considera se produce con el parto. Es madre por naturaleza la mujer que, como consecuencia del embarazo, da a luz, una vez transcurrido el tiempo necesario para la viabilidad del feto. Es padre del neonato el hombre que haya fecundado a la madre por medio del coito; y lo es a partir del parto, es decir, normalmente nueve meses después de que la actuación de la que deriva esa atribución se haya producido.

La relevancia del coito radica que el mismo es la vía natural, normal y hasta hace poco única de inseminar o fecundar el óvulo de una mujer. A este respecto asiste la máxima "el hijo de la esposa es hijo del esposo". Lo esencial para el Código Civil en la paternidad natural radica en determinar el hombre de quien procede el semen causante de esa fecundación. El coito se revela accesorio desde el momento en que ese semen puede fecundar también a través de las técnicas y métodos de fecundación asistida.

En cambio, lo esencial para el Código Civil para el Distrito Federal en la maternidad natural radica en el parto. Es evidente que los redactores del Código citado no consideraron en que las referidas técnicas de fecundación asistida permitían una disociación entre la madre gestante o biológica y la madre genética (aquella de quien proceda el óvulo fecundado). De ahí que cuando esa disociación se produzca ello carezca totalmente de relieve en el actual sistema.

Sin embargo, de lo anterior se observa que la nueva realidad social parte de un dato inicial completamente diferente; ahora es posible la procreación sin necesidad de relación sexual alguna y se complica con las numerosas variantes posibles que se pueden llegar a presentar, según que los gametos provengan o no de los cónyuges o pareja estable, éste es tan solo uno de los supuestos que pueden darse y que necesariamente el derecho tiene que estudiar y analizar para legislar, prohibiendo, permitiendo o limitando la práctica de inseminación asistida

humana, ya que está a la orden del día y que cada vez aumenta más el número de dicha práctica inseminatoria.

Debido a que una garantía constitucional es la de decidir de manera libre, responsable e informada el número de hijos, lo cual se corrobora con el artículo 162 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, el cual permite que se emplee cualquier método de fecundación asistida, siempre y cuando se utilice de común acuerdo por los cónyuges; por lo que es imprescindible el consentimiento mutuo entre ellos.

A pesar de lo anterior y para evitar posibles conflictos jurídicos, es conveniente, que en la fecundación asistida dentro del matrimonio se garantice la obligación del marido, dando su consentimiento para que su mujer sea inseminada, y, por lo tanto, consintiendo también la paternidad de un hijo que será producto de una inseminación artificial. Pero ese consentimiento no debe ser tácito, sino expreso y en consecuencia debe constar por escrito, con el fin de dar mayor protección al hijo evitando problemas en el caso de impotencia del marido y se impida que éste desconozca al hijo que se procreó por técnicas artificiales o para evitar el desconocimiento, porque argumente haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento (artículo 325 del Código Civil), o por adulterio de su mujer, o para que en el supuesto de que el marido pretenda el desconocimiento de la paternidad legítima que la ley le atribuye, porque no existió cohabitación en el período legal de la concepción, la mujer pueda oponerse y ofrecer como prueba la inseminación con semen de su esposo a través de una prueba biológica, aunado al consentimiento por escrito del marido para la extracción de su semen y fecundar a su esposa.

O para el supuesto que uno de los cónyuges con la finalidad de terminar con su matrimonio invoque como causal de divorcio la fecundación asistida realizada sin su consentimiento.

De la voluntad de procrear, el niño tendrá derecho a que se reconozca su vínculo con el esposo de la madre y a conservar dicha relación filial.

El marido al tener la voluntad pro creativa debe dar su consentimiento para la práctica inseminatoria en su mujer y también debe dar su anuencia asumiendo la paternidad de ese hijo. Ese consentimiento debe ser expreso y con mayor razón constar por escrito, existiendo mayor probabilidad de que el marido quiera en un momento dado desconocer la paternidad al no ser el verdadero padre de ese hijo.

Por lo que es necesario señalar que el consentimiento de una inseminación artificial es revocable hasta antes de la práctica inseminatoria, porque después de la inseminación el marido adquiere la paternidad sobre el niño con todas las consecuencias que de ella se derivan. Habiendo el consentimiento del marido, y no habiéndose revocado antes la inseminación de su mujer, no es posible el desconocimiento porque ni la inseminación artificial ni el consentimiento del marido constituyen un acto ilícito además, porque resulta contradictorio que el marido primero dé su anuencia a la inseminación y luego planteará el desconocimiento del hijo.

En cuanto al desconocimiento de los herederos si la fecundación se hace con el consentimiento por escrito del marido, ningún heredero podrá contradecir la paternidad, salvo que la fecundación se haya realizado sin o contra el consentimiento del cónyuge muerto.

Actualmente, las respuestas que hasta ahora dan quienes se oponen a las alternativas que da la inseminación artificial, realmente no son del todo convincentes, dado que en la actualidad el matrimonio no ha demostrado ser la institución de sostén del bienestar de los hijos que se pretende; por lo que se debe permitir a los concubinos recurrir a éstas técnicas reproductivas con las mismas limitantes y observaciones propuestas anteriormente, con la diferencia de que en

este caso los hijos producto de la inseminación artificial tendrán el carácter de hijos extramatrimoniales.

Mucho se ha expuesto sobre el divorcio, tema que sin lugar a dudas es polémico, pues durante el desarrollo del presente trabajo comparativo en torno al empleo de métodos de fecundación asistida como causal de divorcio en el Distrito Federal, nos hemos dado cuenta de que el divorcio no es la causa del rompimiento conyugal, por el contrario, es el medio para que éste se produzca.

Ahora bien, al entrar al análisis de ésta causal de divorcio en éste capítulo, he de comentar que las Entidades Federativas de la República Mexicana tiene gran responsabilidad para aprobar la legislación que debe regir en su territorio.

El Código Civil para el Estado de México, fue creado casi veintiocho años después de que fue promulgado el Código Civil para el Distrito Federal; el Código Civil vigente para el Distrito Federal fue creado por el presidente de los Estados Unidos Mexicanos, el Presidente Plutarco Elías Calles, el 7 de enero, y el 6 de diciembre de 1926, y 3 de enero de 1928. En materia del empleo de métodos de fecundación asistida sin el consentimiento del cónyuge como causal de divorcio, observamos que se regula de la siguiente manera:

Artículo 267. Son causales de divorcio:

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

Podemos observar que en el Código Civil vigente para el Distrito Federal, no se encuentra regulada la fecundación asistida en un Capítulo especial, lo cual no nos permite determinar si la fecundación asistida se realizó o no con el consentimiento del cónyuge a través de un documento que avale tal situación, para poder invocarse como causa de divorcio, ya que el matrimonio es una sociedad, y como

en toda sociedad, los socios se deben respeto, por lo tanto, en sus decisiones debe mediar el consentimiento mutuo.

Las posibilidades que pueden darse cuando la concepción artificial se hace dentro del matrimonio son: la que se efectúa con elementos del matrimonio; la que se efectúa con elemento masculino extraño; la que se efectúa con elemento femenino extraño; y, por último, cuando ambos elementos son extraños pero implantados en la esposa. Otra situación que se presenta es cuando el marido o la mujer producen las células germinales pero son estériles.

Se plantea el problema de que si debe haber un consentimiento mutuo o si es lícito que algún cónyuge pueda oponerse sin incurrir en injuria en perjuicio del otro.

Estimamos que no puede obligarse a alguno de los consortes a emplear métodos de fecundación asistida.

Por otra parte, debemos referir el pacto o la condición que se entabla entre consortes de no tener hijos, ó la decisión libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, que como garantía constitucional se consagra en el artículo 4º, tercer párrafo.

Es decir, no habiendo alguna cláusula por la cual se hubiere excluido del matrimonio la procreación y educación de los hijos, la decisión libre y responsable de tenerlos hace jurídicamente imposible obligar a uno de ellos a la procreación, bien sea natural o artificial. Estimamos que se requiere necesariamente del consentimiento de ambos, y muy especialmente el de la esposa, quien será quien tenga el nuevo ser.

En nuestra legislación positiva no existe obstáculo alguno y los hijos habidos se consideran de matrimonio, toda vez que la concepción se hace con elementos de ambos y ésta ocurre durante el matrimonio. La ley previene la celebración del

contrato respectivo, para garantizar las obligaciones del padre y para imposibilitarlo a desconocer al hijo que procreó por medio de la inseminación asistida, pues el artículo 326 del Código Civil vigente para el Distrito Federal previene que no se podrá "impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fertilización asistida si hubo consentimiento expreso en tales métodos."

En caso de no haberse celebrado el contrato, la paternidad se puede acreditar por medio de las pruebas que se autorizan "incluyendo aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen" (Arts. 325, 341 y 382 del Código Civil para el Distrito Federal).

Si el marido pretendiere el desconocimiento de la paternidad legítima que la ley le atribuye, la mujer podría oponerse y ofrecer como prueba la inseminación con semen de aquel. Aún cuando hubiere medido la imposibilidad material de cohabitación en el período legal de la concepción, la prueba de tal inseminación, siendo fehaciente implicará afianzar, no por vía presuncional sino por prueba biológica, el hecho constitutivo de la procreación. La actitud del marido que, habiendo consentido en la extracción de su propio semen para fecundar a su esposa, impugna la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio por ella, implica ir contra sus propios actos y desconocer el origen biológico que es fundamento de la filiación.

El posible contrato para la inseminación heteróloga en donde conste efectivamente el consentimiento del marido. Muchos autores como Manuel Chávez Asencio, consideran que la inseminación artificial heteróloga va en contra de las buenas costumbres, ya que se utilizan gametos distintos de los cónyuges, y en todo caso recomiendan como buena opción la adopción. Sin embargo, actualmente, el Código Civil para el Distrito Federal permite toda clase de inseminación, al no hacer distinción entre la inseminación artificial homóloga de la

heteróloga, lo que legalmente posibilita el contrato para esta clase de procreación artificial.

Habiendo el consentimiento del marido, éste no puede actuar en contra y debe dar firmeza a la filiación y que sería una deslealtad si después pretende no cumplir su responsabilidad.

Consideramos que la inseminación artificial heteróloga no va en contra de las buenas costumbres y que no constituye infidelidad por parte de uno de los cónyuges, ya que la fidelidad constituye el cumplir exactamente los compromisos habidos dentro del matrimonio, y tampoco constituye adulterio.

Al contrario, consideramos que la inseminación artificial heteróloga es una salida más que ofrece la ciencia para aquellas parejas que no les es posible tener hijos.

Por otra parte, creemos que muchas veces el no poder tener hijos viola el compromiso recíproco de los cónyuges y deteriora la unidad del matrimonio, pues si bien es cierto, que la llegada de los hijos une más a los consortes.

"El respeto de la unidad del matrimonio y de la fidelidad conyugal exige que los hijos sean concebidos en el matrimonio; el vínculo existente entre los cónyuges, atribuye a los esposos de manera objetiva e inalienable, el derecho exclusivo de ser padre y madre solamente el uno a través del otro. El recurso de los gametos de una tercera persona, para disponer del esperma o del óvulo constituye una violación del compromiso recíproco de los esposos y una falta grave contra aquella propiedad esencial del matrimonio que es la unidad"⁵⁴

Por tratarse de inseminación artificial heteróloga dentro del matrimonio, ser requiere del consentimiento de ambos cónyuges. Por tratarse de un elemento masculino extraño, es necesario hacer énfasis en el consentimiento del marido.

⁵⁴ CHÁVEZ. *Ibidem*. pág. 66

Cuando media el consentimiento del marido es indudable que no hay infidelidad alguna, ni causal de divorcio. Desde luego, se descarta el adulterio; ya que en la inseminación artificial no hay ayuntamiento carnal de la mujer con persona distinta de su marido.

En caso de no haber consentimiento se comete un ilícito grave que autoriza el divorcio y también produce efectos con relación a la descendencia.

En el aspecto moral la ilicitud de la procreación con algún elemento extraño a los consortes, bien sea femenino o masculino, pues en el matrimonio debe existir exclusividad también en relación al óvulo y espermatozoides. La unidad hace referencia a toda la persona humana, comprendiendo el varón y a la mujer en su aspecto biológico, psicológico y espiritual, dentro de lo que queda comprendido, necesariamente, el sistema reproductor de ambos cónyuges.

La ausencia del consentimiento femenino, también produce un ilícito, al obligar a la mujer a ser fecundada contra su voluntad y a pasar todos los trabajos y molestias del embarazo, lo que debería constituir un delito, previa adición del Código Penal. Desde luego, puede ocasionar el divorcio por una injuria grave cometida en su contra.

En la legislación actual se encuentran reglas que permiten responder a esta situación. Debemos tomar en cuenta que la filiación se origina y se califica por la concepción, siendo de matrimonio aquella que procede de los elementos de los consortes; pero se toma también en cuenta el nacimiento y se considera hijo de los cónyuges el nacido "dentro del matrimonio", o el nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio. Es decir, no solo, se requiere que provengan de elementos de los padres, lo cual determinará la filiación natural, sino también se hace referencia al matrimonio. En estos casos supuestos está la presunción legal de que la concepción ocurrió durante el matrimonio.

El Código Civil se basa en la relación biológica existente entre el padre y el hijo, que por ser difícil de probar se funda en una presunción iuris tantum. Por lo tanto, si el marido prueba que le fue físicamente imposible tener relación sexual con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que procedieron al matrimonio, o lo acredita con pruebas científicas (Art. 325 del Código Civil para el Distrito Federal), o bien que hubo adulterio de la madre y se le ocultó el nacimiento, o que no tuvo relación sexual con su esposa, no ejercita su acción de contradicción, el nacido, aún cuando no sea hijo suyo, lo será desde el punto de vista legal.

Sin embargo, de haber contrato de por medio, la situación se torna conflictiva, pues el propio contrato firmado por los cónyuges atestigua que el varón no es el padre. En este supuesto, la legislación responde considerando a este hijo de matrimonio. Se trata de un hijo producto del óvulo de la esposa pero elemento masculino extraño, y por lo tanto, es evidente que el marido no es el padre biológicamente hablando.

La fecundación asistida con elemento femenino extraño se utiliza cuando se trata de la esterilidad femenina, pero puede recibir en su seno el óvulo extraño fecundado con espermatozoides del marido. En éste caso también se requiere del consentimiento mutuo, especialmente de la mujer que va a recibir un óvulo extraño.

No podrá obligarse a consorte a alguno a practicar la inseminación artificial, y cualquier violación, a la libre decisión se considera como una grave injuria, que asume especial importancia en la mujer por tratarse de un embarazo que debe soportar contra su voluntad.

Aquí se rompe el principio de que la filiación con relación a la madre resulta del hecho del nacimiento, porque se completa el nacimiento de un niño que genéticamente no es de la mujer que lo procreó. Ésta situación la previenen los

artículos 162 y 382 del Código Civil para el Distrito Federal. Ya que se permite a la pareja usar cualquier método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia; y presumir la maternidad si ella no se somete a la prueba biológica en caso de conflicto.

El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, en su artículo 43, previene que "para la fertilización asistida, se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y su cónyuge o concubinario de acuerdo con lo estipulado en los artículos 21 y 22 de éste Reglamento". Se expresa que ese consentimiento del cónyuge o concubinario, "solo podrá ser dispensado en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo; porque el concubinario no se haga cargo de la mujer o, bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido".

Lo anterior significa la necesidad del documento. Ciertamente que el Reglamento se refiere a la carta de consentimiento. Pero dicha carta de consentimiento, más bien se trata de un verdadero contrato en el que intervienen como partes los consortes, el médico y dos testigos. (Artículo 22 del Reglamento).

4.2 SITUACIÓN JURÍDICO – FILIAL DEL HIJO NACIDO A TRAVÉS DE LA FECUNDACIÓN ASISTIDA SIN EL CONSENTIMIENTO DE UNO DE LOS CÓNYUGES.

Con relación a la situación en que se podría colocar el hijo y los padres, es necesario replantearnos si se hizo con o sin el consentimiento del marido.

Habiendo consentimiento del marido previa suscripción del contrato correspondiente y la inseminación artificial hubiere sido homóloga, el hijo que

nazca de la concepción artificial se considera hijo de matrimonio con todos los derechos y obligaciones que tiene un hijo concebido por medios naturales.

Además que sería una forma de legitimar el uso de un elemento extraño para la fecundación dentro del matrimonio.

Respecto a los efectos que se dan a ésta filiación cabe dos supuestos: que se le considere semejante a la adopción con respecto del padre, o que se asemeje a la filiación matrimonial.

En el primer caso habría una doble situación respecto del hijo: sería hijo carnal de su madre y adoptivo de su padre. Ésta situación no es extraña a nuestro derecho, al hacer posible la adopción del hijo que tuvo alguno de los consortes.

La otra posibilidad es que por disposición legal se opere la "transmisión" de la patria potestad del extraño al cónyuge varón, como se establece en la adopción simple. Es decir, se estima una paternidad "institucional".

Como el contrato de la inseminación asistida es necesario por disposición de la Ley General de Salud, los efectos de éste no pueden ser similares a la filiación biológica, pero se igualan por disposición legal.

En la legislación no se precisa con qué base el cónyuge varón, que no aportó su gameto, es el padre jurídico. De las dos posibilidades señaladas, estimo que el legislador considera que es el padre por "transmisión" legal de la patria potestad, que opera al expresar el consentimiento masculino en el contrato.

Se discute en la doctrina si el padre puede impugnar y desconocer la paternidad.

Por algunos autores se argumenta, que debe darse prevalencia absoluta al elemento genético; en este caso, con o sin contrato y al no ser biológicamente su hijo, siempre tendrá expedida la vía para el desconocimiento.

Otros autores consideran que si habiendo el consentimiento, y no habiéndose revocado antes de la inseminación de su mujer, no es posible el desconocimiento por diversas razones: En primer lugar, porque ni la inseminación artificial ni el consentimiento del marido, constituyen objetivamente un acto ilícito, aun cuando puede ser discutible, en el supuesto, su valoración moral o ética. En segundo lugar, porque el marido luego de consentir en la inseminación heteróloga planteara el desconocimiento del hijo, obraría deslealmente contrariando a una conducta anterior, contradictoria con su posterior pretensión impugnatoria.

En el caso de que la concepción artificial se hubiere hecho sin consentimiento del marido. En este caso no habrá adulterio, pero sí una falta grave contra su marido.

Se trata de un hijo que no es de su marido, por lo que éste tiene derecho a contradecir la paternidad que por presunción se le imputa. Aquí ha de inferirse que la esposa ha obrado unilateralmente sin el concurso biológico ni voluntario del marido, por lo que respecta a éste el hijo es totalmente extraño. De éste modo, queda expedida la acción de impugnación o desconocimiento de paternidad presumida legalmente. En cuanto a los derechos e igualdad jurídica del hijo no hay diferencia alguna.

Cuando la inseminación artificial heteróloga sea con un elemento femenino extraño, la paternidad es indudable, robustecida por el contrato firmado por los consortes y el médico. Aún no habiendo contrato surte efectos la presunción de ser hijo de los cónyuges.

En relación de la madre, en caso de no haber contrato de por medio, se aplica el principio "partus sequitur ventrem" el parto sigue al vientre, y la filiación se acredita

por el hecho del nacimiento. Sin embargo, al probar el empleo de óvulo extraño, se altera el proceso natural y biológico y queda probado no ser la madre biológica, por lo cual habrá de resolverse, entendiendo legalmente transferida la maternidad a la cónyuge, impidiéndose a la mujer que aportó el óvulo cualquier reclamación.

Se ha considerado el hecho de que en contra de su voluntad a la esposa se le implantar un óvulo de una tercera mujer previamente fecundado con semen del marido; también puede haber engañado, en el caso de que se pretenda con el consentimiento de ambos consortes la fecundación extrauterina, con utilización del propio semen y aparentemente del óvulo de la esposa, y posteriormente, la fecundación se logre utilizando el óvulo de otra mujer, sin que la esposa lo sepa.

En estos casos, adicionados a los anteriores, nos indican evidentemente que la madre tiene derecho a intentar la acción de impugnación de maternidad, para tratar de demostrar que no es la madre del hijo que se le imputa.

Como la impugnación de la maternidad no está plenamente reglamentada en la ley, se presentan muchas situaciones especiales que es conveniente relacionarlas con las acciones de impugnación de paternidad.

Pueden ejercer ésta acción no sólo la madre, sino también el padre y los herederos, buscando que sea en las mismas condiciones en que se puede impugnar la paternidad, para seguir una reglamentación paralela, toda vez que ambos cónyuges que tienen igual dignidad humana e iguales derechos.

Se debe tomar en cuenta, que si la madre obtiene éxito en la impugnación de su maternidad, cae por tierra la presunción de ser hijo de los cónyuges, y se trataría de un hijo habido fuera de matrimonio entre el marido y una tercera mujer.

4.3 RELACIÓN PATERNO – FILIAL DE LOS HIJOS CONCEBIDOS A TRAVÉS DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL SIN CONSENTIMIENTO DE UNO DE LOS CÓNYUGES Y EL DIVORCIO.

Actualmente es difícil solucionar la existencia de ésta problemática jurídica, admitir una solución legal es más distante, pues este conflicto jurídico aún es impenetrable, pues los ordenamientos civiles o penales no la contemplan, la jurisprudencia y la doctrina jurídica mexicana la pasan por alto, y la costumbre la repudiaría antes de tratar siquiera de entenderla. Sin embargo, los avances de la ciencia imponen la necesidad de renovar las legislaciones, ya que el derecho no puede permanecer ajeno a la transformación de la sociedad.

El progreso de la ciencia en el campo de la fertilización y de las nuevas formas de procreación humana en el género humano han planteado problemas jurídicos en diversas ramas del Derecho, muy especialmente, en el Derecho de Familia y las normas que rigen la filiación.

La ciencia de la biología y de la genética plantean interrogantes que superan todo lo que se hubiese podido prever en la ley; pues donde existe una ley, hay un bien jurídico protegido, un valor social, moral o material que el legislador tutela.

Además de los bienes jurídicos conocidos, la doctrina jurídica habla de nuevos valores tutelares, así se discute sobre el derecho a tener un hijo, entendido como el derecho que toda mujer tiene de procrear valiéndose de técnicas que la ciencia pone a su disposición, se habla de un derecho del embrión como un ente susceptible de ser protegido, se encara la existencia de un derecho genético, como el derecho del individuo y de la sociedad a una progenie sana.

En el sistema jurídico tradicional la filiación se basa en el vínculo biológico. Hay casos en que hay un vínculo biológico sin que exista un nexo jurídico-filial, es

decir, cuando un hijo es procreado fuera de matrimonio y no se puede determinar quién es el padre.

Pero en el derecho, siempre que haya un vínculo jurídico-filial, siempre existirá la presunción de un vínculo biológico que lo sustenta.

La reglamentación sobre la filiación parte de tres postulados fundamentales:

1.- Cualquier nacimiento es necesariamente fruto de la cópula física entre un hombre y una mujer.

2.-La maternidad se determina por el hecho del parto, y por lo tanto, es indudable, y

3.-La paternidad sólo puede ser conocida a través de la investigación de las relaciones sexuales que la madre ha tenido con el padre durante la época legal de la concepción; ésta se calcula con base a la fecha de nacimiento.

Es un hecho la separación entre acto sexual y la procreación, lo que se asume a dos formas: puede haber acto sexual sin procreación debido a las nuevas técnicas anticonceptivas y puede haber procreación sin conjunción carnal.

Entendiendo que una de las finalidades del matrimonio, es procrear hijos de manera libre, responsable e informada, además que como ya lo hemos mencionado, nuestra Carta Magna también consagra tal derecho, al corroborándose en la Ley General de Salud que dedica un capítulo especial a los servicios de planificación familiar. Los medios de procreación discutidos no son regulados específicamente por ninguna ley para permitirlos, prohibirlos o limitarlos,. Ya que uno de los problemas al practicar la inseminación artificial es el estudio de la filiación, que se ocupa de conflictos derivados de la reproducción humana, es decir, las relaciones existentes entre reproductores y reproducidos.

Anteriormente el derecho concedía mayor protección a los hijos nacidos dentro del matrimonio, y por el contrario, los hijos nacidos fuera de matrimonio recibían un tratamiento jurídico discriminatorio. Actualmente nuestro Código Civil equipara a los hijos no matrimoniales con los matrimoniales y admite la investigación de la paternidad mediante toda clase de pruebas que la ciencia pueda ofrecer.

La filiación determina cuestiones que tiene que ver parcialmente con la naturaleza, contribuyen a una determinada organización social: el nombre, los alimentos, la custodia, la educación y la sucesión.

El Código Civil para el Distrito Federal reconoce la filiación no natural (filiación adoptiva), la filiación por naturaleza, que puede ser la matrimonial, que se produce en la pareja estable institucionalizada y la no matrimonial que se produce fuera del matrimonio, y en ambas clases de filiación se surten los mismos efectos, pero en ambos casos rige el principio de libre investigación de la paternidad o de determinación de la filiación a través de la búsqueda de la verdad biológica.

Pero los redactores del Código en comento no tuvieron en cuenta los últimos desarrollos científicos, por lo que a la inseminación artificial se refiere.

4.4 PROPUESTA DE TEXTO DE REFORMAS Y ADICIONES AL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL QUE SE SUGIEREN.

Artículo 168.- Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto resolverán, de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la procreación natural o artificial de sus hijos, a la formación y educación, así como la administración de los bienes de los hijos. En caso de desacuerdo podrán concurrir ante el Juez de lo Familiar.

Artículo 324...

I. ...

II. ...

III. Los hijos nacidos por el empleo de métodos de fecundación asistida dentro de los términos señalados en las dos fracciones anteriores, siempre y cuando antes de proceder a la práctica inseminatoria medie el consentimiento por escrito del marido autorizando a la esposa que sea inseminada artificialmente.

Artículo 339. BIS. En el caso de fecundación asistida, la filiación del hijo será extramatrimonial, cuando no exista el consentimiento por escrito del marido para la práctica de una inseminación heteróloga en su esposa y cuando la inseminación homóloga sea realizada en la viuda con el semen del marido muerto

Artículo 339. TER. El consentimiento por escrito para la realización de una inseminación artificial, solamente es revocable hasta antes de la práctica inseminatoria, porque después de la inseminación, el marido o concubinario, según sea el caso adquiere la paternidad sobre el hijo con todas las consecuencias que de ella se derivan.

TÍTULO SÉPTIMO.

CAPÍTULO III.

DE LA FECUNDACIÓN ASISTIDA.

Artículo 354. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Los cónyuges decidirán de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señale la ley, cualquier método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia. Este derecho deberá ser ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

Artículo 355. La fecundación asistida únicamente se hará con el consentimiento por escrito de la mujer a la que haya de practicarse el método o técnica mediante el cual se le haya de inseminar.

Artículo 356. Si la mujer se encuentra casada, no se podrá inseminar sin el consentimiento expreso de su cónyuge. Si se inseminare a la mujer sin el consentimiento de su cónyuge, éste podrá hacer valer tal situación como causal de divorcio necesario, según lo establecido por la fracción XX del artículo 267 de este código.

Artículo 357. Los padres o tutores no podrán dar su consentimiento para que se apliquen los métodos y técnicas de fecundación asistida a una mujer que fuere menor de edad o incapaz.

Artículo 358. En los casos en que la inseminación artificial sea heteróloga, es decir, que se utilice espermia proveniente de bancos e instituciones legalmente autorizadas, no se dará a conocer la identidad del donador, para evitar la investigación de la paternidad.

Artículo 359. El consentimiento expreso a que se hace referencia en éste Capítulo debe otorgarse judicialmente y ante la presencia de dos testigos.

Artículo 359 BIS. Aún cuando la fecundación asistida sea heteróloga, la misma producirá todos y cada uno de los derechos y obligaciones que se producen de la relación paterno-filial por consanguinidad.

Artículo 359 TER. Se prohíbe el uso de métodos y técnicas de fecundación asistida en la mujer que haya quedado viuda, con el objeto de inseminarse con espermia proveniente de su cónyuge muerto.

Artículo 359 CUATER. Queda prohibido todo método de reproducción asistida en la mujer, con el objeto de procrear seres humanos dirigido a la selección de la raza humana.

Artículo 359 QUINTUS. En caso de inseminación artificial no puede admitirse el desconocimiento si se ha realizado con el consentimiento por escrito del marido, tanto si dicho consentimiento se ha presentado para la inseminación artificial con material reproductor del marido como si se ha prestado para la inseminación artificial como con material reproductor de un donante.

Artículo 359 SEXTUS.- En caso de inseminación artificial la inseminación del hijo será extramatrimonial cuando no exista consentimiento por escrito del marido para la práctica de inseminación artificial heteróloga en su esposa.

Artículo 359 SEPTIMUS.- Cuando el hijo sea producto de una inseminación artificial heteróloga, solamente la investigación de la paternidad se realizará con el fin de informar sobre los antecedentes clínicos del donante, más no para conocer su identidad, no adquiriendo el donante ningún vínculo filial, derecho u obligación con el hijo.

Artículo 383.- ...

I ...

II...

III Los nacidos por inseminación artificial dentro de los términos señalados en las dos fracciones anteriores, siempre y cuando antes de la práctica inseminatoria, medie el consentimiento por escrito del concubinario autorizando que la concubina sea inseminada.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. La inseminación artificial es un fenómeno que surge de un problema social, la infertilidad y la esterilidad, la cual se presenta en las parejas que han contraído matrimonio, y que desean tener un hijo acudiendo a los métodos y técnicas de fecundación asistida como un buen recurso y solución a su problema, antes de recurrir a la adopción. La fecundación asistida ha generado nuevos problemas jurídicos, por lo que en diversos países se han tomado las cartas del asunto legislando al respecto; México, no puede ser la excepción, ya que las leyes se deben de adecuar al cambio social para poder ser aplicadas al caso en concreto, pues se debe evitar graves consecuencias que irán aumentando al no existir una legislación que regule dichas prácticas inseminatorias.

SEGUNDA. El derecho de familia debe regular los aspectos relativos a la fecundación asistida, con el objeto de evitar el mal uso de las manipulaciones genéticas que afectarían la integridad del hijo nacido por inseminación artificial (el cual debe ser protegido, ya que se trata de un indefenso que puede convertirse en víctima del aborto), y la integridad del matrimonio, ya que si se efectúa la fecundación asistida sin el consentimiento del cónyuge, se está contraviniendo uno de los elementos esenciales del matrimonio, la confianza, el común acuerdo y el respeto mutuo entre los cónyuges.

TERCERA. En caso de que ambos cónyuges estén de acuerdo en acudir a los métodos y técnicas de la fecundación asistida, tal consentimiento debe ser por escrito para que se practique dicha inseminación artificial. Así mismo, debe mediar por escrito la responsabilidad del médico que se hará cargo del proceso

y éste deberá informar a la pareja las consecuencias de dicha práctica. Deberá asegurarse que efectivamente los consortes no pueden procrear hijos por medios naturales. El consentimiento expreso a que se hace referencia debe otorgarse judicialmente y ante la presencia de dos testigos. El consentimiento por escrito sólo será revocable hasta antes de la práctica inseminatoria porque después de la inseminación, el marido o concubinario, según sea el caso adquiere la paternidad sobre el hijo con todas las consecuencias que de ella se derivan.

CUARTA. En el caso de fecundación asistida ó de inseminación artificial, la filiación del hijo será extramatrimonial, cuando no exista el consentimiento por escrito del marido para la práctica de una inseminación heteróloga en su esposa y cuando la inseminación homóloga sea realizada en la viuda con el semen del marido muerto. Se prohíbe el uso de métodos y técnicas de fecundación asistida en la mujer que haya quedado viuda, con el objeto de inseminarse con esperma proveniente de su cónyuge muerto.

QUINTA. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Los cónyuges decidirán de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señale la ley, cualquier método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia. Este derecho deberá ser ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

SEXTA. La fecundación asistida únicamente se hará con el consentimiento por escrito de la mujer a la que haya de practicarse el método o técnica mediante el cual se le haya de inseminar.

SÉPTIMA. Si la mujer se encuentra casada, no se podrá inseminar sin el consentimiento expreso de su cónyuge. Si se inseminare a la mujer sin el consentimiento de su cónyuge, éste podrá hacer valer tal situación como causal de divorcio necesario, según lo establecido por la fracción XX del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal. En caso de inseminación artificial no puede admitirse el desconocimiento si se ha realizado con el consentimiento por escrito del marido, tanto si dicho consentimiento se ha presentado para la inseminación artificial con material reproductor del marido como si se ha prestado para la inseminación artificial como con material reproductor de un donante.

Así mismo, los padres o tutores no podrán dar su consentimiento para que se apliquen los métodos y técnicas de fecundación asistida a una mujer que fuere menor de edad o incapaz.

OCTAVA. En los casos en que la inseminación artificial sea heteróloga, es decir, que se utilice esperma proveniente de bancos e instituciones legalmente autorizadas, no se dará a conocer la identidad del donador, para evitar la investigación de la paternidad. Solamente la investigación de la paternidad se realizará con el fin de informar sobre los antecedentes clínicos del donante, más no para conocer su identidad, no adquiriendo el donante ningún vínculo filial, derecho u obligación con el hijo.

NOVENA. Aún cuando la fecundación asistida sea heteróloga, la misma producirá todos y cada uno de los derechos y obligaciones que se producen de la relación paterno-filial por consanguinidad.

DÉCIMA. Queda prohibido todo método de reproducción asistida en la mujer, con el objeto de procrear seres humanos dirigido a la selección de la raza humana.

BIBLIOGRAFÍA.

ARGUELLO, Luis Rodolfo. Manual de Derecho Romano. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 1976.

AMEZCUA RUIZ, Enrique. Teología Moral III. La Vida Humana. Departamento de Ciencias Religiosas de la Universidad Iberoamericana, Argentina, 1980.

BERGER STENDER, Jaime. La Inseminación Artificial. México, 1975.

BIALOSTOSKY, Sara. Panorama de Derecho Romano. México, Textos Universitarios UNAM. 1982.

CHÁVEZ, Ascencio Manuel. LA Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas. Jurídico- Conyugales. 3ª Edición, México, Editorial Porrúa S.A. 1995.

COLIN, Ambrosio. Curso Elemental de Derecho. Madrid, España Editorial Reus, 1998.

DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. 16ª Edición, México, Editorial Porrúa S.A., 1989.

DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. 4ª Edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1993.

ESPIN, Diego. El Nuevo Derecho de Familia Español. Madrid, España Editorial Reus, S.A., 1982.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. El Derecho a la Reproducción Humana. España, Ediciones Jurídicas S.A., 1994.

HERNÁNDEZ ESTEVEZ SANDRA LUZ y ROSALIO LÓPEZ DURÁN. Técnicas de la Investigación Jurídica. México, Edit. Oxford University Press, 2ª edic. 1998.

HERRERA ENRIQUE. Práctica Metodológica de la Investigación Jurídica. Buenos Aires, Edit. Astrea, 1ª Reimpresión, 2002

LLEDÓ YAGUÉ, Francisco. Fecundación Artificial y Derecho. España, Editorial Tecnos, S.A., 1988

LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana E. Procreación Humana Artificial : Un Desafío Bioético. Aspectos Biomédicos. Aspectos Bióticos. Aspectos Jurídicos. Prólogos de Ma. Josefa Méndez Acosta y José Alberto Mainetti, Buenos Aires, Argentina, Editorial Ediciones Depalama, 1995.

MARGADANT FLORIS, Guillermo. El Derecho Privado Romano, 6ª edición, México, Editorial Esfinge, 1975.

MAZHEAUD, Henri León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Traducción Luis Alcalá y Castillo, S.E. Vol. IV, 1ª Parte, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas Eudopa, 1959.

MONTERO, Duhal Sara. Derecho de Familia. 3ª Edición, México, Editorial Porrúa S.A., 1987.

ORIZABA MONROY, Salvador. Matrimonio y Divorcio. Efectos Jurídicos. 2ª Edición, México, Editorial PAC, S.A. de C.V., 2001.

PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. 5ª Edición. México, Editorial Porrúa, 1987.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. Derecho de Familia. España, Universidad de Madrid, 1989.

RAMÍREZ VALENZUELA, Alejandro. Elementos de Derecho Civil. Tomo I, 23ª Edición, México, Editorial Limusa, 1986.

RIPET, Georges y Jean Boulanger. Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol. Traducción Delia García, Buenos Aires, Argentina, Editorial La Ley, 1963.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. 14ª Edición, México, Editorial Porrúa S.A., 1977.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. México, Editorial Porrúa S.A., 1983.

SÁNCHEZ, Román, Estudio de Derecho Civil. Madrid, España Editorial Reus, Tomo IV, Vol. I, 1912.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Los Grandes Cambios del Derecho de Familia en México. México, Editorial Porrúa S.A. 1979.

SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Biogenética, Filiación y Delito. Argentina, Editorial Astrea, 1990.

TABOADA, Leonor. La Maternidad Tecnológica de la Inseminación Artificial a la Fertilización *in vitro*. España, Editorial Icaria, 1986.

HEMEROGRAFÍA

BIBLIOTECA DE AUTORES CRISTIANOS. Código de Derecho Canónico. Editorial Bilingue, S.E, 1962

DICCIONARIO DE DERECHO, 14ª Edición. México, Editorial Porrúa, S.A. 1983,

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo IX, Buenos Aires, Argentina 1958.

HURTADO, Javier. "Una Aproximación a la Inseminación Artificial" Revista Jurídica Jalisciense. Número 2, México, 1992.

OGARRIO SAUCEDO, Guillermo. "La Familia y la Tecnología" Jure. Número 3, México, 1990.

LEAL DÁVILA, Luis Orlando. "La Reproducción Artificial Humana frente al Derecho Civil Contemporáneo". Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la U.P.B. Número 86, Colombia, Universidad Pontificia Boliviana, 1989.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Editorial Sista S.A. de C.V., 2003

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, México, Ediciones Fiscales Isef S.A., 2003.

Código Civil para el Estado de México, México, Editorial Sista S.A. de C.V., 2003.

Ley General de Salud, México, Editorial Sista S.A. de C.V., 2003.

Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, México, Editorial Sista S.A. de C.V., 2003.