

LA VOLUNTAD PROCREACIONAL: UN CASO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL CASERA ATÍPICO*

THE PROCREATIONAL WILL: AN ATYPICAL CASE OF HOME ARTIFICIAL INSEMINATION

HÉCTOR AUGUSTO MENDOZA CÁRDENAS**

Resumen: En el presente trabajo se analiza el concepto de voluntad procreacional en relación a un caso particular de Inseminación Artificial Casera, en el que la obtención del material genético masculino fue por medio de una relación sexual oral. El análisis se hace desde dos perspectivas equidistantes, por un lado, desde la teoría de la intención, y por el otro, desde la teoría de la filiación genética.

Palabras clave: Inseminación Artificial Casera, Voluntad procreacional, Teoría de la Intención, Teoría de la filiación Genética.

Abstract: In this paper, we analyze the concept of procreative will regarding a particular case about an Artificial Insemination at Home, in which the collection of the male genetic material was through oral intercourse. This analysis is made from two equidistant perspectives, that is, from the theory of intention on one side, and from the theory of genetic filiation on the other.

Keywords: Artificial Insemination at Home, Procreative will, Theory of intention, Theory of genetic filiation.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. ANTECEDENTES DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y DE LOS BANCOS DE SEMEN; III. IMPLICACIONES DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN EL DERECHO DE FAMILIA MEXICANO; IV. QUÉ DEBEMOS ENTENDER POR VOLUNTAD PROCREACIONAL; V. UN CASO INUSUAL. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL CASERA, DERIVADA DE UNA RELACIÓN SEXUAL ORAL; VI. LOS

* Fecha de recepción: 7 de abril de 2017.

Fecha de aceptación: 24 de abril de 2017.

** Profesor-Investigador de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Experto en temas biojurídicos. Sitio web: <www.bioderecho.org>. Este trabajo se enmarca en el siguiente proyecto de Investigación: «Presente y futuro de la Reproducción Asistida en el Derecho de Familia del siglo XXI en España y América Latina (con especial referencia a Argentina, Colombia Chile y México) Aspectos Jurídicos sociales y éticos». Proyecto CEAL/A172015-02 y proyecto UBACYT coordinado por la Doctora Pilar Benavente Moreda, Profesora titular de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: hector.mendoza@yahoo.com.mx.

HECHOS MATERIA DE LA LITIS CONSIDERADOS POR EL JUEZ; VII. ANÁLISIS Y ARGUMENTACIÓN DEL JUEZ, DESDE LA PERSPECTIVA CIVIL; VIII. EL ARGUMENTO DEL JUEZ SOBRE LOS DERECHOS SUPERIORES DE LA NIÑEZ; IX. DOS HIPÓTESIS ADICIONALES, COMO MEDIO DE CONTRASTE PARA ANALIZAR EL CASO PLANTEADO X. CONCLUSIONES; XI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Como introducción al tema, conviene puntualizar que la bioética y el bioderecho se han venido desarrollando bajo un complejo entramado de dilemas que se han multiplicado con la aparición de las nuevas biotecnologías y su utilización cada vez más asequible para la población en general. Muchos de los avances surgidos a partir de mediados del siglo pasado, han tenido implicaciones en aspectos nodales de la experiencia vital humana, implicaciones que sin duda, afectan el conjunto de creencias y valores imperantes hasta antes del surgimiento de los mismos.

Es por lo anterior que actualmente el derecho no puede ser visto de manera aislada, el análisis ético y las ideologías relacionadas con los avances biotecnológicos, nos obligan a actuar de manera interdisciplinaria, las respuestas ya no pueden venir desde un solo derrotero, es por ello que derecho y biología, se ven obligados a interactuar a fin de proveernos de respuestas de carácter biojurídico.

Como sabemos, apenas a finales del siglo pasado se logró la obtención de la secuencia del genoma humano¹, lo que nos ha permitido escudriñar y empezar a entender, lo que hasta antes de este acontecimiento parecían secretos inescrutables de la vida humana.

Como parte de estos avances biotecnológicos, las ciencias médicas han desarrollado una creciente gama de posibilidades² para intervenir en los diferentes procesos de la reproducción humana, lo que indudablemente nos enfrenta a nuevos retos desde el punto de vista de la filosofía, la teología y evidentemente desde el derecho. En términos de biotecnologías de la reproducción, uno de los procedimientos más polémicos, por sus implicaciones tanto bioéticas como biojurídicas, es la donación de gametos, misma que junto con el diagnóstico genético, abre un sinfín de posibilidades de incidencia tanto social como jurídica.

¹ El genoma humano es equiparable a un gran manual de instrucciones, con un total de 23 capítulos (los cromosomas), en donde se encuentra la información genética hereditaria específica de los seres humanos. Este código contiene órdenes inscritas químicamente, usando el idioma del ácido desoxirribonucleico (ADN), el cual forma largas cadenas unidas entre sí por puentes de bases nitrogenadas (las letras del alfabeto). Cuando se configura una oración tenemos un *gen*, considerado como la unidad básica de la herencia.

² ALKORTA IDIÁKEZ, I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva, Derecho español y comparado*, Navarra (Thomson Aranzadi), 2003.

Durante siglos, expresiones como genoma, donación de células germinales, criopreservación de gametos, ADN³, o reproducción asistida, fueron ajenos a la disciplina jurídica. Hoy sin embargo esto es inadmisibile; el derecho y la biología están llamados a cohabitar un espacio común, un espacio que surge como una nueva área específica del derecho, denominada bioderecho⁴. Ante la evidencia del progreso científico un hecho es irrefutable, las biotecnologías reproductivas han avanzado rápidamente pero no así el derecho.

Así pues, es en este contexto cambiante que, en el tema que nos ocupa, el derecho parece haber sido rebasado. Con las nuevas alternativas, en materia de reproducción humana asistida, uno de los elementos que mayormente se ha visto alterado es el establecimiento de las relaciones filiales de parentesco.

Consecuentemente, de frente a fenómenos biotecnológicos como la inseminación artificial o a la fecundación in vitro, el factor biológico ya no puede ser el único elemento que el derecho debe considerar al momento de determinar quién es el padre o la madre de alguien⁵. Así, adagios como *mater semper certa est* o *pater semper incertus est*, han pasado a ser afirmaciones en decadencia. Incluso, la idea de la vinculación entre sexo (entendido como coito) y parentesco, ya no puede ser una afirmación rotunda, dado que hoy es totalmente posible, que una mujer pueda concebir un hijo sin necesidad de tener coito con un varón.

En este orden de ideas, este trabajo se centra en la inseminación artificial, y muy particularmente en lo que se ha denominado como «inseminación artificial casera».

II. ANTECEDENTES DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y DE LOS BANCOS DE SEMEN

Iniciaremos por decir que la inseminación artificial (IA) es una de las denominadas técnicas de baja complejidad⁶ cuya finalidad es la de lograr la fecundación por medios no tradicionales, lo que eventualmente derivará en un embarazo y el consecuente nacimiento de un hijo o hija. A diferencia de otras técnicas como la fecundación in vitro (FIV), en este caso no existe una extracción de óvulos de la mujer, ya que básicamente lo que se manipula

³ Ácido desoxirribonucleico.

⁴ Es evidente que los diversos aspectos derivados del avance científico deben ser integrados a nuestro sistema jurídico, lo que en todo caso debe suceder en una legislación especializada en la materia. Adicionalmente, consideramos que este tipo de legislación debe revestir un carácter nacional, ya que, de no hacerlo así, lo único que se provocaría es tener diversas concepciones sobre asuntos iguales o similares en un mismo país.

⁵ FÁBREGA RUIZ, C. F., *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Granada (Comares), 1999.

⁶ MENDOZA CÁRDENAS, H. A., *La reproducción Humana Asistida: Un análisis desde la perspectiva biojurídica*, México (Fontamara), 2011.

de manera artificial son los gametos masculinos⁷. Esta técnica como ya lo adelantamos, implica una forma de inseminación no convencional, dado que como es evidente, no es necesaria la relación sexual entre hombre y mujer.

Respecto de la primera inseminación artificial existe un debate, unos la atribuyen al profesor Thouret, quien era Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad de París, y quién en 1785 inseminó artificialmente a su propia esposa, la que gracias a dicho experimento logró concebir un hijo. Otros, sin embargo, afirman que la primera persona en aplicar dicha técnica fue un médico escocés, John Hunter, en 1799, médico que inseminó artificialmente a la esposa de un mercader que padecía hypospadias (un defecto en los genitales, que le impedía tener descendencia)⁸.

Ahora bien, en la década de los años 50 del siglo pasado, se dio cuenta de la primera IA con semen congelado⁹, lo que por cierto generó severas críticas tanto en el ámbito político como en el religioso. Lo que más preocupaba era la posibilidad de la utilización de material genético ajeno a las parejas, pues se consideraba que la IA con donante era equiparable a un adulterio. El Papa Pío XII calificó ese tipo de actividades como pecado grave y propuso incluso, que aquellos que participaran de esa forma de concebir debían ser encarcelados¹⁰.

No obstante lo anterior y como suele suceder, el avance de la técnica no se detuvo, y en 1977 se abrió el primer Banco de semen del que se tenga noticia, el *Repository for Germinal Choise*, en Escondido, California en los Estados Unidos. Cabe señalar que dicho banco de semen fue concebido por su propietario, Robert K. Graham, con una peculiaridad muy específica, pretendía poner a disposición de las mujeres, semen de personajes súper dotados física o intelectualmente, se le conoció en su momento como el banco de semen de los premios Nobel. La idea de Graham, con fuertes tintes eugenésicos, permitió entre 1980 y 1999 el nacimiento de al menos 215 niños¹¹.

⁷ LÓPEZ GÁLVEZ, J. y MORENO GARCÍA, J., «¿“Industria de la fertilidad” o respuesta a la búsqueda del hijo biológico?» en BENAVENTE MOREDA, P. y FARNÓS AMORÓS, E., (eds.), *Treinta años de reproducción asistida en España: Una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Madrid (Ministerio de Justicia), 2015.

⁸ HURTADO OLIVER, X., *El derecho a la Vida ¿y a la muerte?*, México (Porrúa), 2000.

⁹ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M., «Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción post-mortem y la doble maternidad» en BENAVENTE MOREDA, P. y FARNÓS AMORÓS, E., *Treinta años de reproducción asistida en España: Una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, ob. cit.

¹⁰ RODRÍGUEZ LÓPEZ, B., «¿Qué hay de positivo en la eugenesia positiva?» en DE LORA, P. y MENDOZA, B., *Las fronteras del derecho sanitario*, Madrid (Universidad Autónoma de Madrid y Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado), 2014.

¹¹ RICHARDS, M., «Artificial insemination and eugenics: celibate motherhood, euteleogenesis and germinal choice», *Studies in History and Philosophy of Science Part C: Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences*, vol. 39, 2008. Disponible en <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/18534352>> [Consultado el 7/4/17].

Ahora bien, las TRHA han continuado su curso y ahora contamos con verdaderas transnacionales dedicadas a la comercialización de material genético. Si bien las TRHA han promovido el turismo reproductivo, en la actualidad y en cuanto a la IA, las cosas parecen estar dando un vuelco inesperado. Efectivamente, dadas las facilidades de comunicación con que hoy se cuenta, empresas como Cryos¹² ofrecen llevar el material genético a cualquier parte del mundo, lo que ha dado lugar a una nueva modalidad de IA, la inseminación artificial casera o IAC.

En Europa este fenómeno está tomando fuerza y todo indica que muchas mujeres están dispuestas a recurrir a la IAC¹³. Adicionalmente, están surgiendo diversos sitios web, que sirven como sitios de encuentro entre aquellas que desean material genético y aquellos que están dispuestos, ya sea a venderlo o a donarlo sin intermediarios. El mejor ejemplo de estos sitios web es <www.coparents.com>, o su equivalente en español <www.co-padres.net>, en el caso del segundo de los sitios mencionados, se puede leer en su página principal que:

«Aunque solo haya un donante de semen y una mujer genitora, la coparentalidad puede implicar más de dos personas. La donación de esperma se puede realizar entre una pareja gay y una futura madre soltera, hetero o lesbiana. O entre una pareja lesbiana y un hombre soltero, gay o no. Última configuración de coparentalidad homoparental por donación de esperma: cuando dos parejas homosexuales se ponen de acuerdo para tener un hijo en común. En todos los casos los implicados tienen que elegir antes quién será el donante de semen y quien se realizará la inseminación casera (o artificial en países donde esté autorizada por donación de esperma no anónima)».

A diferencia de Cryos Dinamarca, en donde el material genético es vendido, en estos sitios se promueve la donación altruista del mismo. En ese sentido y en ambos casos, existe una serie de implicaciones jurídicas, que hoy por hoy no son contempladas por nuestro derecho positivo¹⁴.

III. IMPLICACIONES DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN EL DERECHO DE FAMILIA MEXICANO

Para iniciar este epígrafe, es necesario hacer algunas aclaraciones para el lector, particularmente para el lector no mexicano. El orden jurídico mexicano tiene como particularidad que, por disposición constitucional¹⁵, la materia familiar es competencia de cada

¹² Véase: <<https://dk-es.cryosinternational.com/>> [Consultado el 7/4/17].

¹³ Véase: Comité de Bioética de Cataluña. «El derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos de la persona». Disponible en: <<http://comitebioetica.cat/wp-content/uploads/2016/06/Derecho-a-conocer-los-origenes-biologicos-CBC1.pdf>> [Consultado el 7/4/17].

¹⁴ El presente trabajo se centra primordialmente en el Derecho positivo mexicano.

¹⁵ Véase el artículo 73 de la Constitución Política Mexicana.

una de las entidades de la República, lo que conlleva la posibilidad de encontrar hasta 32¹⁶ formas diferentes de concebir los asuntos de índole familiar, así por ejemplo, actualmente solo unas pocas entidades de la República reconocen expresamente el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que indudablemente representa un reto en términos de filiación para el derecho mexicano¹⁷.

Adicionalmente, resulta pertinente aclarar que por las características del desarrollo histórico de la nación¹⁸, la mayoría de dichas codificaciones surgieron en los años treinta del siglo pasado y han sufrido (en lo general) pocas modificaciones, de hecho la gran mayoría de los temas inherentes a la bioética se encuentran, o bien ausentes en la legislación nacional, o bien sumamente fragmentados.

En este orden de ideas, las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) tienen serias implicaciones en el ámbito del Derecho Familiar ya que, entre otras cosas, permiten la existencia de nuevas y variadas formas de parentalidad, hasta ahora desconocidas en su mayoría por el derecho mexicano. Estas nuevas formas de parentalidad conllevan, necesariamente, a nuevas formas de relacionamiento filial entre ascendientes con descendientes¹⁹.

La idea tradicional de la filiación derivada de manera exclusiva del factor biológico, hoy es insuficiente. Si bien el derecho en general, desde sus propios orígenes reconocía la posibilidad de que no existiera una relación biológica entre ascendientes y descendientes, esto solo lo hacía mediante la figura de la adopción, sin embargo, las hipótesis derivadas del acto de adoptar, en términos filiatorios, también resultan insuficientes para dar respuesta a la nueva realidad social y jurídica derivada de las TRHA, y es precisamente en este contexto que surge un nuevo concepto denominado voluntad procreacional, mediante el cual, una vez que se reconozca e incorpore al derecho nacional, podrá darnos respuestas a estas nuevas realidades bio-socio-jurídicas.

¹⁶ Decimos 32 posibilidades diferentes, en virtud de que existen 32 entidades al interior de la República Mexicana, lo que implica la existencia de 32 Códigos Civiles o regulaciones en torno a la familia.

¹⁷ No obstante lo dicho, el matrimonio entre personas del mismo sexo se encuentra permitido en todo el país por vía jurisprudencial ya que así lo determinó la Corte el 19 de junio de 2015, la que emitió una jurisprudencia mediante la cual se establece que la ley de cualquier entidad federativa que ordene que el matrimonio deba ser celebrado entre un hombre y una mujer, es inconstitucional. Disponible en <[¹⁸ Durante décadas existió en México un poder hegemónico dominado por el Partido Revolucionario Institucional, lo que derivó en que la legislación fuera bastante uniforme. Sin embargo, a partir de la llegada de otros partidos al poder, la legislación fue variando, dependiendo de la línea ideológica de cada momento histórico.](http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=100000000000&Expresion=43%2F2015&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=3&Epp=20&Des de=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2009407&Hit=2&IDs=2010671,20-09407,2009112&tipoTesis=&Semenario=0&tabla=&Referencia=&Tema=> [Consultado el 7/4/17]</p>
</div>
<div data-bbox=)

¹⁹ FARNÓS AMORÓS, E., *Ruptura del projecte parental i disposició dels preembrions*, Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, 2010, pp. 1-594. Disponible en <<http://www.tesisenred.net/handle/10803/7323>> [Consultado el 7/4/17].

IV. QUÉ DEBEMOS ENTENDER POR VOLUNTAD PROCREACIONAL

El concepto de voluntad procreacional tiene múltiples y variadas aristas. La voluntad procreacional puede invocarse tanto para casos relacionados con el tema del aborto²⁰, como para aquellos que tienen que ver con las TRHA. En este orden de ideas la voluntad procreacional alude a la intención o no, de asumir consecuencias jurídicas cuando nuestro material genético es utilizado.

Cabe señalar que para bien entender que es la voluntad procreacional, es necesario vincularla a dos posibles teorías: por un lado, la teoría de la intención y, por el otro, la teoría de la filiación genética.

Bajo la teoría de la intención, que se encuentra centrada en los intereses de los adultos, el elemento fundamental para derivar consecuencias jurídicas respecto de las cuestiones filiatorias, radica en la voluntad o intención de procrear o no²¹, bajo esta teoría es la voluntad procreativa la que debe ser determinante para la atribución o no, de la filiación.

Hay que entender que, aunque la constitución mexicana otorga un estatus de igualdad a hombres y mujeres²², resulta imposible desconocer la especificidad de la condición femenina. Así, nos guste o no, en materia de gestación los varones y las mujeres no somos iguales, ya que son únicamente las segundas quienes están en posibilidad de embarazarse y dar lugar al nacimiento de un nuevo ser humano. Aunque parezca una verdad de Perogrullo, es evidente que tanto la gestación como el parto, no pertenecen biológicamente a la identidad masculina, sino solo y exclusivamente a la femenina.

En concreto, tratándose de la teoría de la intención, la voluntad procreativa debe ser un elemento determinante para la fijación o no de la paternidad y/o maternidad. Así, en el caso de la IA con donador de gametos, si bien dicho donador provee el material genético, por regla general²³, lo hace sin la intención de asumir responsabilidades filiales. Veamos las posibles alternativas:

- 1) Mujer sola que recibe el material biológico masculino y que asume ella, únicamente, la maternidad y las consecuencias jurídicas derivadas de la misma.

²⁰ Por no ser el objeto de este trabajo no se abundará en el tema del aborto, pero es evidente que la voluntad procreacional es un elemento fundamental para justificar un aborto. Somos de la idea de que imponer una gestación a una mujer en contra de su voluntad [procreacional] representaría una grave violación a sus derechos. La imposición de una gestación equivaldría en este caso a una forma de esclavitud.

²¹ MENDOZA CÁRDENAS, H. A. y LÓPEZ GARCÍA, S., «El derecho a decidir desde las libertades constitucionales: Voluntad procreacional, una propuesta». Disponible en <<http://info4.juridicas.unam.mx/jusbiblio/juslib/167/83256.htm?s=>> [Consultado el 7/4/17].

²² Véase el artículo 4.º de la Constitución Política Mexicana.

²³ Decimos que «por regla general» toda vez que existen casos en los que el donador de semen no desea el anonimato, e inclusive desea asumir las responsabilidades filiatorias derivadas de dicha donación de gametos. Véase el caso argentino de Valeria, Susana y Hernán. Disponible en <http://internacional.elpais.com/internacional/2015/04/24/actualidad/1429827035_368004.html> [Consultado el 7/4/17].

- 2) Pareja estable o unida en matrimonio (heterosexual) en donde el varón sea estéril, pero que acepta y asume como propio el material genético de terceros, utilizado por su esposa²⁴.
- 3) Pareja lésbica estable o unida en matrimonio. En este caso la mujer que no se embaraza asume bajo esta teoría de la intención, las consecuencias filiatorias del hijo así nacido, independientemente de la realidad biológica.
- 4) Pareja homosexual, estable o unida en matrimonio. En este caso y por medio de una maternidad subrogada o gestación por encargo mediante IA, es posible que:
 - a) El hijo tenga una vinculación biológica con alguno de los dos.
 - b) El hijo no tenga ninguna vinculación biológica con ninguno de ellos.

En el supuesto a) el varón que no aportó el material biológico asumirá, vía teoría de la intención, las responsabilidades filiatorias independientemente de la realidad biológica. En el supuesto b) ambos asumirán, sin ninguna vinculación biológica, y vía teoría de la intención, las consecuencias filiatorias del hijo así nacido.

- 5) Un supuesto adicional sería en los casos de que una pareja homosexual, un hombre solo o una mujer sola, recurran a la maternidad subrogada o gestación por encargo, en esta hipótesis, si la mujer que facilitó el vientre aportó también su óvulo, esta no asumiría consecuencias filiatorias en virtud del pacto de gestación²⁵, en tanto que cualquiera de los otros mencionados, asumiría las consecuencias filiatorias por vía de la voluntad procreacional.

Bajo los anteriores supuestos, la realidad biológica es, o debe ser, irrelevante para el derecho. El derecho deberá, en hipótesis como las aquí planteadas, reconocer la intención y la voluntad de asumir o no, las consecuencias filiatorias por parte de quienes reciben u otorgan material biológico²⁶.

Al respecto y en el caso mexicano, al menos cinco entidades se han adherido a esta teoría. Así en Coahuila, en la Ciudad de México, en San Luis Potosí y en Sinaloa, existen disposiciones normativas que establecen que la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el ser humano resultante de la utilización de dicha donación²⁷.

²⁴ Esto en realidad no es un caso extraño para el derecho, pues es similar a lo que sucede en el caso de adopción.

²⁵ Una última posibilidad, que en este caso no tendría que ver con la IA, es que la pareja homosexual, haya conseguido también un óvulo, mediante el cual con o sin su aportación biológica se haya generado, mediante un procedimiento de fecundación in vitro un embrión y se haya implantado en la gestante. En este supuesto, tendríamos que aquella mujer que donó su óvulo tampoco sería responsable de las cuestiones filiatorias, es decir, aquí también operaría el concepto de voluntad procreacional, para la donante del óvulo operaría en sentido negativo y para el o los adquirientes del mismo lo haría en sentido positivo.

²⁶ FARNÓS AMORÓS, E., «Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos». *Revista de Derecho de Familia*., núm. 49, 2011.

²⁷ Véanse al respecto las legislaciones civiles de cada una de las entidades aludidas.

Y aunque con una redacción diferente, lo mismo sucede en Sonora, en donde su legislación civil incorpora el concepto de «parentesco voluntario», estableciendo que, en los casos de reproducción humana asistida²⁸, quienes voluntariamente utilicen gametos de terceros, se les considerará como padres biológicos del ser humano así nacido²⁹.

Por otra parte está la teoría de la filiación genética (centrada en el menor), bajo esta hipótesis la intención y en específico la voluntad procreacional³⁰ son irrelevantes tanto para el proveedor como el receptor de gametos. Bajo esta teoría el elemento determinante nada tiene que ver con la voluntad ya que el elemento fundamental es el engarzamiento biológico. Así, el determinante genético se convierte, de facto, en un determinante jurídico para efectos de la filiación.

Con excepción de las cinco entidades de la República arriba reseñadas, el resto de la legislación civil mexicana, parece inclinarse por la teoría de la filiación genética. Aunque vale la pena señalarlo; en realidad no es que se decanten por esta teoría, lo que sucede es que el grueso de los códigos civiles mexicanos no ha sido actualizado, y la mayoría de los mismos, como ya lo hicimos ver, fueron promulgados en los años 30 del siglo pasado, época en la que fenómenos como la reproducción humana asistida, simplemente no eran considerados por el legislador de la época, o bien solo se pensaba en ellos en términos de ciencia ficción³¹.

V. UN CASO INUSUAL. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL CASERA, DERIVADA DE UNA RELACIÓN SEXUAL ORAL

Vistas las dos alternativas para la fijación de la filiación entre ascendientes y descendientes, a continuación, analizaremos un caso real de IAC cuya peculiaridad radica en la forma en que fue obtenido el semen por parte de la mujer. El caso se deriva de un Juicio Ordinario Civil sobre reconocimiento de paternidad, que aconteció en un tribunal civil de uno de los estados de la República mexicana³².

En la hipótesis hablamos de un varón de 42 años, a quien llamaremos Guillermo, con conocimientos en materia de TRHA pues es ingeniero en Bioquímica. Si bien Guillermo

²⁸ La auto-inseminación artificial casera, necesariamente cae dentro del rubro de las TRHA

²⁹ Cabe señalar que en realidad la disposición de Sonora, está implícitamente referida a parejas casadas o en concubinato que utilicen gametos donados.

³⁰ LAMM, E., «La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 24, 2012. Disponible en: <http://www.ub.edu/fildt/revista/RByD24_master.htm> [Consultado el 7/4/17].

³¹ Recordemos que *Un mundo feliz* (en inglés *Brave New World*) la novela más famosa del británico Aldous Huxley, se publicó en 1932. Novela que fue pionera en cuanto al planteamiento sobre las tecnologías reproductivas del futuro.

³² Por razones de respeto a la intimidad personal se han modificado nombres, lugares, y circunstancias particulares. No obstante, la esencia [jurídica] del asunto objeto del presente análisis no ha sido modificada.

no está formalmente casado, mantenía una relación de concubinato de más de 10 años de existencia, de la que ha derivado el nacimiento de tres hijos reconocidos legalmente por el mismo Guillermo con su concubina.

Por otra parte, tenemos a una mujer de 27 años, ingeniera en Biotecnologías, con una maestría en embriología, a quien llamaremos Mónica, quién cabe señalar, es soltera y sin hijos pero quien ha mantenido una relación sentimental y sexual desde hace más de tres años con Guillermo.

En el 2016, Mónica se presentó ante un tribunal mexicano promoviendo un juicio sobre reconocimiento de paternidad, demanda que enderezó en contra de Guillermo, a quien atribuye la paternidad de su hija Ximena.

Los hechos en que Mónica sustenta su demanda, de manera sucinta son los siguientes:

- (a) Desde finales de 2012, sostuvo una relación sentimental, que incluía encuentros sexuales con Guillermo.
- (b) En octubre de 2014, tuvieron una pelea ella y Guillermo y dejaron de verse por un período aproximado de dos meses.
- (c) A finales de diciembre de 2014, volvieron a verse Guillermo y ella, y en esa ocasión hubo sexo oral entre ambos.
- (d) En esa ocasión, Mónica conservó el semen que Guillermo expulsó en su boca y con el mismo se practicó una inseminación artificial de las denominadas IAC.
- (e) Mónica sabía que en la fecha en que tuvieron sexo oral, ella se encontraba en sus días fértiles.
- (f) Derivado de la IAC quedó embarazada y nació su hija Ximena, la que a mediados de septiembre de 2015 fue registrada ante las oficinas del registro civil como hija de madre soltera.
- (g) En marzo de 2016, Mónica consideró que su hija Ximena tenía derecho a tener un padre y por ello demandó a Guillermo el reconocimiento de la paternidad.

Habiendo sido emplazado a juicio, Guillermo al contestar la demanda manifestó que:

- (i) Efectivamente reconocía el haber tenido relaciones sexuales, vaginales y orales, con Mónica.
- (ii) Él siempre fue claro al señalarle a Mónica que no deseaba tener un hijo con ella.
- (iii) La relación entre ambos era esporádica y únicamente con fines de esparcimiento sexual.

- (iv) Jamás se le pidió opinión para la utilización de su material genético para que Mónica se efectuara una IAC.
- (v) Considera que, los medios utilizados por Mónica, fueron dolosos y fraudulentos.
- (vi) Como consecuencia de lo anterior, considera que no debe atribuírsele una paternidad en relación a Ximena.

El juicio continuó su curso y las partes aportaron las pruebas que consideraron pertinentes, sin embargo, es de destacarse que, para el juez, dos fueron las pruebas fundamentales para emitir su decisión, por un lado la existencia de Ximena, lo que se probó con la correspondiente partida de nacimiento y por el otro, la prueba pericial en materia genética ofrecida por Mónica. Prueba que una vez desahogada, confirmó que Ximena era efectivamente, hija de Guillermo.

VI. LOS HECHOS MATERIA DE LA LITIS CONSIDERADOS POR EL JUEZ

- (a) La pareja sostenía desde tiempo atrás una relación sentimental que incluía encuentros sexuales.
- (b) Si bien era imposible determinar la forma en que fue concebida Ximena, esto era irrelevante, pues para todo fin práctico Ximena resulta hija de Guillermo en virtud de la prueba genética ofrecida en el juicio.
- (c) Dentro del proceso judicial, ambos reconocieron que tuvieron sexo oral en el mes de diciembre de 2014.
- (d) Guillermo aceptó haber depositado en la boca de Mónica su fluido seminal.
- (e) Mónica aceptó haber utilizado dicho fluido para efectuar una Auto-Inseminación Artificial Casera.
- (f) No existe constancia de que Guillermo hubiera prohibido expresamente a Mónica que utilizara el material biológico.

VII. ANÁLISIS Y ARGUMENTACIÓN DEL JUEZ, DESDE LA PERSPECTIVA CIVIL

- (a) El semen fue depositado voluntariamente por Guillermo en la boca de Mónica, y una vez fuera de su integridad corporal, debe ser considerado como una cosa.
- (b) Si se asume que Guillermo transmitió, vía donación y a título gratuito dicha cosa, Mónica podía disponer de los fluidos seminales como ella quisiera.
- (c) El uso de la cosa (el semen) da origen al nacimiento de Ximena.

- (d) En los hechos existe una niña que legalmente no tiene padre y una prueba pericial mediante la cual se pudo trazar la huella genética.
- (e) Que mediante dicha prueba ha quedado acreditado que Guillermo guarda un 99.9999% de parentesco con Ximena, por lo que se le considera pariente consanguíneo, en primer grado en línea recta.

VIII. EL ARGUMENTO DEL JUEZ SOBRE LOS DERECHOS SUPERIORES DE LA NIÑEZ

- (a) Como parte de los derechos derivados del interés superior de los niños, Ximena goza de un derecho a la identidad.
- (b) Derivado de ese derecho a la identidad, Ximena tiene derecho a conocer sus orígenes biológicos.
- (c) Derivado del derecho a conocer los orígenes biológicos, Ximena tiene derecho a saber quién es su padre.

Al respecto, si bien la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes reconoce como principio el interés superior de los niños, establece en su artículo diecinueve que tanto las niñas, los niños y los adolescentes, tienen derecho en los términos de la legislación civil aplicable y desde su nacimiento, a conocer su filiación y su origen. Cabe señalar que, en cuanto a la filiación y el origen, la misma ley matiza lo anterior diciendo que ello será así, «en la medida de lo posible y siempre que ello sea acorde con el interés superior de la niñez».

La pregunta es: ¿El derecho de los niños a conocer sus orígenes, incluye solo aspectos biológicos, o trasciende a saber quién es, específicamente su padre? Desde nuestra postura, creemos que el derecho a conocer los orígenes biológicos de un menor³³, (particularmente cuando hay una donación o compra de material genético), no incluye el derecho a conocer específicamente quién fue el donador o proveedor original del mismo.

IX. DOS HIPÓTESIS ADICIONALES, COMO MEDIO DE CONTRASTE PARA ANALIZAR EL CASO PLANTEADO

Primera hipótesis. Iniciamos el presente ensayo, exponiendo la existencia de empresas como Cryos Dinamarca, que como ya se mencionó, es proveedora de material genético y lo hace llegar a las o los compradores a cualquier parte del mundo. Algo que no se mencionó

³³ BLAUWHOFF, R.J., «Foundational facts, relative truths: a comparative law study on children's right to know their genetic origins», Cambridge (Intersentia), 2009. Disponible en <<https://dspace.library.uu.nl/handle/1874/34380>> [Consultado el 7/4/17].

de esta empresa, es que el material genético que vende lo divide entre donadores anónimos y no anónimos, por lo que en la segunda de las hipótesis es perfectamente posible conocer la identidad del proveedor original del semen.

¿Qué pasaría por ejemplo, si una mujer radicada en Nuevo León adquiere, en Cryos Dinamarca, material no anónimo, se practica una IAC, queda embarazada y posteriormente demanda la paternidad del hijo así nacido? En principio habría dos ámbitos de aplicación del derecho, por una parte el derecho familiar de ambos países y por la otra un planteamiento de derecho internacional privado.

En esta hipótesis tendríamos que analizar las reglas de conflicto y determinar de acuerdo a las mismas, cuál o cuáles serían aplicables al caso concreto. Pero más allá de ello, tendríamos que ver cuál es la posición legislativa en términos de reconocimiento de la paternidad, que hay que señalar, en el caso de Nuevo León opera la teoría de la identidad genética, ya que, de acuerdo a la legislación civil de esa entidad de la República, la biología es el elemento determinante para el establecimiento jurídico de los vínculos filiales.

Segunda hipótesis. Por otra parte, en cuanto al caso real aquí planteado, imaginemos que el mismo no sucedió como fue narrado. Ahora pensemos que Mónica es una empleada de alto nivel de una empresa nacional dedicada igualmente a la venta y comercialización de material genético, ubicada en la Ciudad de México y dada su posición jerárquica, tiene acceso no solo a las muestras seminales, sino también al resto de la información referente a los donantes de dicho material.

Pensemos que Mónica, ahora de cuarenta años, se encuentra preocupada por su edad y por su maternidad y decide sustraer, sin autorización alguna, una muestra de semen de un donante cuyo perfil genético es ideal desde la perspectiva de Mónica y además, su perfil social lo ubica como un hombre con excelente posición económica.

Bajo este supuesto, Mónica se practica una IAC, lo hace en sus días fértiles y queda embarazada. Pasados nueve meses nace Ximena, la que como en el caso planteado, es registrada como hija de madre soltera. Ahora bien, e igual que en el caso real, Mónica decide que Ximena merece ser reconocida por su padre biológico y, teniendo los datos del donador de semen, decide demandarlo.

En este segundo planteamiento, dado que la hipótesis la ubicamos en un banco de semen de la Ciudad de México, Mónica no podría demandar la paternidad al proveedor original, ya que en este caso, la legislación civil establece expresamente que: «la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida».

Con base en lo anterior reiteramos, que, en el caso de México, las respuestas nunca serían las mismas, ya que dependerán en todo caso, de la entidad a que nos refiramos, pues como hemos visto si ubicamos la hipótesis en el estado de Nuevo León, operarían las reglas

de la Teoría de la Filiación Genética, en tanto que si el mismo supuesto lo ubicamos en la capital de la República, operarían las reglas de la Teoría de la intención.

Como ha quedado en evidencia, en el caso real aquí planteado, el juez basó su decisión en el aspecto biológico. No obstante, dudamos que dicha decisión judicial haya sido la mejor, particularmente cuando pensamos en los «mejores intereses» del menor, tal y como lo previenen la Convención Internacional de los Derechos del niño, así como las disposiciones de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes³⁴.

X. CONCLUSIONES

De frente a los diversos planteamientos efectuados en el presente documento, resulta obligado preguntarnos:

1. ¿Qué debe primar, la intención y voluntad de ser padre o la simple y llana realidad genética?
2. Existe o debe existir un derecho al anonimato de adultos (donadores y receptores) o debe primar un derecho «a la verdad biológica» de los menores.
3. ¿En casos como los aquí planteados, es posible armonizar los intereses en conflicto?
4. ¿En el caso de Mónica, podríamos afirmar que hubo un fraude civil dada la forma en que se obtuvo el material genético de Guillermo?
5. ¿Podemos disponer del material genético como si fuera un bien fungible³⁵, es decir como una simple cosa desde la perspectiva civil?³⁶

Creemos sinceramente que la identidad humana va más allá de nuestra impronta genética, en una sociedad como la actual, en donde existe la posibilidad de concebir un hijo sin la necesidad de tener relaciones sexuales, la paternidad (e incluso la maternidad)³⁷ debe

³⁴ Véanse los artículos 7 y 8 de la Convención y el 19 fracción III de la Ley.

³⁵ Definición de la Real Academia Española: Bienes que se consumen con el uso. Disponible en línea, en: <<http://www.rae.es>> [Consultado el 7/4/17].

³⁶ No olvidemos que ese fue el razonamiento del juez, pues establece en su sentencia que:

a) El semen fue depositado, voluntariamente por Guillermo en la boca de Mónica y una vez fuera de su integridad corporal, debe ser considerado como una cosa.

b) Si se asume que Guillermo transmitió, vía donación y a título gratuito dicha cosa, Mónica podía disponer de los fluidos seminales como ella quisiera.

c) Que no existía constancia alguna de que Guillermo hubiera prohibido expresamente a Mónica que utilizara el material biológico.

³⁷ Recordemos que también existe la maternidad subrogada o gestación por encargo.

ser reconocida a partir del elemento volitivo, particularmente tratándose de TRHA. Así, en este tipo de casos, es necesario que predomine la teoría de la intención³⁸.

Salvo por cuestiones biológicas (padecimientos, enfermedades hereditarias, etc.) consideramos que es más relevante el aspecto social que el biológico. De hecho, ya lo apuntamos en este trabajo, en el caso de la adopción, por medio de una ficción jurídica, hacemos predominar, precisamente la intención o voluntad de ser padres³⁹.

Solo analizando el caso particular, podemos llegar a las mejores soluciones, las reglas generales de la filiación, deben ser modificadas, reconociendo los dos escenarios, la teoría de la intención o la teoría de la identidad genética, ya que solo así nuestros jueces estarán en posibilidades de tomar la mejor decisión.

El material genético, espermatozoides, óvulos o embriones, no puede ser analizado y clasificado desde una perspectiva puramente civilista. El derecho civil se queda corto de frente a los avances de la biotecnología, es menester generar nuevos corpus normativos que incluyan alternativas como las aquí planteadas.

En consecuencia, creemos sinceramente que un tema como el que nos ocupa, debe regularse desde una ley especial de cobertura nacional, una ley que regule, de manera integral, las múltiples aristas que se pueden presentar en temas relacionados con las TRHA, una ley además que, como ya lo dijimos, permita un amplio margen de apreciación al Juez para que éste, pueda decidir en función del caso concreto.

XI. BIBLIOGRAFÍA

ALKORTA IDIÁKEZ, I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva, Derecho español y comparado*, Navarra (Thomson Aranzadi), 2003.

BLAUWHOFF R.J., *Foundational facts, relative truths: a comparative law study on children's right to know their genetic origins*, Cambridge (Intersentia), 2009. Disponible en: <<https://dspace.library.uu.nl/handle/1874/34380>> [Consultado el 7/4/17].

CAHN N., «Do tell! The rights of donor-conceived offspring», *Hofstra Law Rev*, vol. 42, 2014, pp. 1077-1124. Disponible en <https://www.hofstralawreview.org/wp-content/uploads/2014/08/CC1.Cahn_.final2_.pdf> [Consultado el 7/4/17].

³⁸ CAHN N., *Do tell! The rights of donor-conceived offspring*, *Hofstra Law Rev*. 2014;42:1077-24. Disponible en <https://www.hofstralawreview.org/wp-content/uploads/2014/08/CC1.Cahn_.final2_.pdf> [Consultado el 7/4/17].

³⁹ GARRIGA GORINA, M., «El conocimiento de los orígenes genéticos de la filiación por reproducción asistida con gametos donados por un tercero», *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, 2007.

- FÁBREGA RUIZ, C. F., *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Granada (Comares), 1999.
- FARNÓS AMORÓS, E., «Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 49, 2011.
- FARNÓS AMORÓS, E., *Ruptura del projecte parental i disposició dels preembrions*, Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, 2010, pp. 1-594. Disponible en <<http://www.tesisenred.net/handle/10803/7323>> [Consultado el 7/4/17].
- GARRIGA GORINA, M., «El conocimiento de los orígenes genéticos de la filiación por reproducción asistida con gametos donados por un tercero», *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, 2007. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=409>> [Consultado el 7/4/17].
- HURTADO OLIVER, X., *El derecho a la Vida ¿y a la muerte?*, México (Porrúa), 2000.
- LAMM, E., «La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 24, 2012. Disponible en: <http://www.ub.edu/fildt/revista/RByD24_master.htm> [Consultado el 7/4/17].
- LÓPEZ GÁLVEZ, J. y MORENO GARCÍA, J., «¿Industria de la fertilidad o respuesta a la búsqueda del hijo biológico?» en BENAVENTE MOREDA, P. y FARNÓS AMORÓS, E., *Treinta años de reproducción asistida en España: Una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Madrid (Ministerio de Justicia), 2015.
- MENDOZA CÁRDENAS, H.A. y LÓPEZ GARCÍA, S., «El Derecho a decidir desde las libertades constitucionales: Voluntad procreacional, una propuesta», Disponible en: <<http://info4.juridicas.unam.mx/jusbiblio/juslib/167/83256.htm?s=>> [Consultado el 7/4/17].
- MENDOZA CÁRDENAS H. A., *La reproducción Humana Asistida: Un análisis desde la perspectiva biojurídica*, México (Fontamara), 2011.
- RICHARDS, M., «Artificial insemination and eugenics: celibate motherhood, euteleogenesis and germinal choice», *Studies in History and Philosophy of Science Part C: Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences*, vol. 39, 2 de junio de 2008. Disponible en <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/18534352>> [Consultado el 7/4/17].
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., «Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción post-mortem y la doble maternidad» en BENAVENTE

MOREDA, P. y FARNÓS AMORÓS, E., *Treinta años de reproducción asistida en España: Una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Madrid (Ministerio de Justicia), 2015.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, B., «¿Qué hay de positivo en la eugenesia positiva?» en DE LORA, P. y MENDOZA, B., *Las fronteras del derecho sanitario*, Madrid (Universidad Autónoma de Madrid y Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado), 2014.