

Bioética y Bioderecho. Reflexiones clásicas y nuevos desafíos, México, UNAM, 2018, pp. 151-294.

LORA, Pablo de y GASCÓN, Marina, *Bioética, principios, desafíos, debates*, Madrid, Alianza, 2008.

MENDOZA C., Héctor A., *La reproducción humana asistida. Un análisis desde la perspectiva biojurídica*, México, Fontamara, 2011, (Doctrina jurídica contemporánea, número 57).

PÉREZ CARBAJAL Y CAMPUZANO, Hilda y RODRÍGUEZ LÓPEZ, Dina, *Técnicas de reproducción humana asistida. Su repercusión en las instituciones del derecho de familia*, México, Editorial Porrúa, 2015.

PÉREZ FUENTES, Gisela María *et al.*, "Derecho Civil y Derecho de Familia: disciplinas unidas por la persona y distinguidas por el interés público", en PÉREZ FUENTES, Gisela María *et al.*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, (Privado), pp. 23-51.

PUIGPELAT MARTÍ, Francesca, "Bioética, constitución y técnicas de reproducción asistida", en CASADO, María (Editora), *Bioética, Derecho y sociedad*, 2a. ed. Madrid, Trotta, 2015, (Colección estructuras y procesos, Serie Derecho), pp. 31-46.

Fuentes normativas

Código Civil para el Distrito Federal, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/fichaOrdenamiento.php?idArchivo=29081&ambito=estatal> fecha de consulta: 09 de noviembre de 2019.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>, fecha de consulta: 09 de noviembre de 2019.

Convención Americana de Derechos Humanos, <http://ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D1BIS.pdf>, fecha de consulta: 09 de noviembre de 2019.

VOLUNTAD PROCREACIONAL Y FAMILIAS MONOMATERNALES: EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD A EXAMEN¹

JOSÉ JULIÁN DOMÍNGUEZ ARROYO
Escuela Libre de Derecho

RESUMEN: El presente ensayo tiene como finalidad analizar diversos tópicos vinculados con el derecho al libre desarrollo de la personalidad en su vertiente de ejercicio de autonomía reproductiva. En particular se analiza la figura de la "voluntad procreacional" en la jurisprudencia mexicana e interamericana como nueva categoría de filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, y su impacto en el ámbito de la elección de proyectos de vida y modelos de familia monoparentales, específicamente las maternidades sin paternidades. En este sentido se afirma que la maternidad voluntaria configura un derecho de autodeterminación de la mujer sobre su propio cuerpo y ello conlleva la decisión de procrear o dejar de hacerlo, así como de hacerlo con el fin de gozar y ejercer su maternidad sin paternidad alguna. A la vez, se afirma también que dentro del marco de cobertura de la protección al interés superior de la niñez se encuentra el derecho a conocer la verdad sobre la filiación biológica. La asunción de ambas premisas genera algunas tensiones bioéticas y aparentes colisiones entre derechos humanos que son susceptibles de armo-

¹ Agradezco el apoyo de Roselia Bustillo y Laura Márquez en la elaboración de este ensayo.

nizarse bajo una argumentación de tipo constructivista. El parámetro y la metodología de análisis elegidos en este artículo es el del principialismo de la ética normativa, bajo la óptica del liberalismo igualitario, dialogando también con algunas objeciones propias de teorías críticas feministas.

RIASSUNTO: Il presente saggio ha come finalità quella di analizzare diversi topici collegati con il diritto al libero svolgimento della personalità nel suo versante dell'esercizio dell'autonomia riproduttiva. In particolare, si analizza la figura della "volontà procreativa" nella giurisprudenza messicana ed interamericana come nuova categoria di filiazione derivata dalle tecniche di riproduzione assistita ed il suo impatto nell'ambito della scelta dei progetti di vita e dei modelli di famiglia monoparentale, e specificamente le maternità senza paternità. In tal senso si afferma che la maternità volontaria configura un diritto di autodeterminazione della donna sul suo corpo e ciò comporta la decisione di procreare o di non farlo, così come di farlo al fine di godere ed esercitare la maternità senza alcuna paternità. Insieme si afferma anche che, sotto la copertura della protezione dell'interesse superiore del bambino, si trova il diritto di conoscere la verità sulla filiazione biologica. L'assunzione di entrambe le premesse genera alcune tensioni bioetiche e apparenti collisioni tra diritti umani, che sono suscettibili di armonizzarsi con un'argomentazione di tipo costruttivista. Il parametro e la metodologia scelti in questo articolo sono quelli del principialismo dell'etica normativa nell'ottica del liberalismo ugualitario, dialogando anche con alcune obiezioni proprie delle teorie critiche femministe.

ABSTRACT: The purpose of this essay is to analyze various topics related to the right to free development of the personality in its aspect of exercising reproductive autonomy. In particular, the figure of the "procreational will" is analyzed in Mexican and Inter-American jurisprudence as a new category of filiation derived from assisted reproduction techniques, and its impact in the field of choosing life projects and single-parent family models, specifically maternity wards without paternity wards. In this sense, it is affirmed that voluntary motherhood configures a woman's right of self-deter-

mination over her own body and this entails the decision to procreate or otherwise stop doing so, as well as to do so in order to enjoy and exercise her motherhood without any paternity. At the same time, it is also affirmed that within the framework of coverage of the protection of the child's best interest is the right to know the truth about biological parentage. The assumption of both premises generates some bioethical tensions and apparent collisions between human rights that are capable of being harmonized under a constructivist type of argument. The parameter and the analysis methodology chosen in this article is that of the principlism of normative ethics, from the perspective of egalitarian liberalism, also dialoguing with some objections typical of critical feminist theories.

PALABRAS CLAVE: Autonomía reproductiva; derechos reproductivos; familia monoparental; maternidad sin paternidad; libre desarrollo de la personalidad; teoría de la intención; teoría de la filiación genética; voluntad procreacional; interés superior de la niñez.

PAROLE CHIAVE: Autonomia riproduttiva; diritti riproduttivi; famiglia monoparentale; maternità senza paternità; libero sviluppo della personalità; teoria dell'intenzione; teoria della filiazione genetica; "volontà procreativa"; interesse superiore del bambino.

KEY WORDS: Reproductive autonomy; reproductive rights; single-parent family; motherhood without paternity; free development of the personality; theory of intent; theory of genetic affiliation; ; processional will; children's best interests.

I. INDIVIDUALIDAD, AUTONOMÍA Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

La concepción filosófica que subyace a este análisis es una de tipo liberal, de acuerdo con la cual la justificación de cualquier institución o medida de intervención estatal debe atender a los individuos que integran la sociedad y no a entidades supraindividuales. De acuerdo

con esta primera premisa los individuos deben valorarse en sí mismos, como fines y no como medios para alcanzar beneficios de otros. Una segunda premisa en apoyo de la concepción liberal sostiene que el Estado y sus instituciones deben mantenerse neutrales frente a los planes de vida elegidos por los individuos que integran la sociedad, y a la vez, deben prever instituciones y medios que faciliten el logro de esos planes de vida y que impidan la interferencia de otros en la consecución de ello.²

Como bien señala Pablo de Lora, la tradición liberal y en particular el legado rawlsiano se caracterizan por rechazar la intervención pública en la vida privada de los individuos para que éstos vivan vidas valiosas o buenas (perfeccionismo o paternalismo).

El reconocimiento y la garantía de los derechos humanos configuran instrumentos de facilitación para la persecución de planes de vida, para la configuración de la vida privada sin interferencias por parte del Estado o de otros individuos; el libre desarrollo de la personalidad y el ejercicio de derechos sexuales y reproductivos como materialización de aquél son claramente un ejemplo de ello. Al respecto resulta ilustrativa la siguiente reflexión visible en la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso I.V.** vs Bolivia:

Además, el Tribunal ha precisado que la protección del derecho a la vida privada no se limita al derecho a la privacidad, pues abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada

² Nino, Carlos, *Derecho, moral y política II*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2007, pp. 20-26.

engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que las elecciones y decisiones en relación con la maternidad forman parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Por consiguiente, la decisión de ser o no ser madre o padre pertenece a la esfera de las decisiones autónomas de los individuos respecto a su vida privada y familia".³

De acuerdo con lo anterior, el presente ensayo suscribe la concepción de la autonomía moral de las personas como una condición necesaria y suficiente para ejercer el libre desarrollo de su personalidad, esto es, para desarrollar planes de vida personales que no deben ser restringidos en modo alguno por el Estado ni por el orden jurídico salvo en los casos en los que su ejecución conlleve afectaciones a terceros.

La evaluación en torno al grado de afectación que una elección personal puede ocasionar depende en buena medida de distinguir dos propiedades fundamentales: la individualidad y la autonomía. La primera categoría da cuenta de un centro de imputación de derechos y obligaciones, se es individuo si se es un ente al cual se le pueden imputar determinadas consecuencias,

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso IV.** vs Bolivia, sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrafo 152.

aun cuando no tenga capacidad para valorar. La autonomía en cambio se refiere a la capacidad que tiene un individuo para valorar, para asignar criterios de corrección a las conductas, para sostener razones de sus deseos, de sus acciones y de sus preferencias, en suma, para valorar un plan de vida y tomar decisiones en consecuencia.⁴

Un caso que ilustra de manera puntual la distinción entre un individuo y un ente autónomo es el que registra el del aborto y las manipulaciones embrionarias. En este contexto se reconoce que un embrión es susceptible de ser calificado como individuo, pero en modo alguno es reconocido como un ente autónomo. Solo los individuos que gozan de autonomía son capaces de tomar decisiones para desarrollar libremente su personalidad, oponiendo su autonomía moral a la de otros individuos, existiendo en consecuencia la posibilidad de generar afectaciones a estos últimos. El caso de las tecnologías de reproducción humana asistida (TRHA) da cuenta de relaciones más complejas que involucran no solo a un ente autónomo y un individuo (como podría ocurrir en el caso del aborto) sino a diferentes entes autónomos, lo que potencializa las interferencias recíprocas y los conflictos entre planes de vida.

En este aspecto es preciso advertir desde ahora que dentro del espectro del libre desarrollo a la personalidad, de los derechos reproductivos y sexuales, existe un singular derecho de acceso a las tecnologías de reproducción humana asistida; no se trata de una manifestación del derecho a la salud que ocurra por infertilidad, sino de una genuina expresión de elegir un plan de vida dentro de la cual cabe perfectamente la decisión de fundar una familia monomaterna, sin el acompañamiento

⁴ Nino, Carlos, *Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013, pp. 147-157.

de ninguna pareja (varón o mujer), del progenitor o del adoptante del producto.

II. EL DERECHO DE ACCESO A LAS TECNOLOGÍAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha explicado⁵ que las técnicas de reproducción asistida son tratamientos médicos para ayudar a personas y parejas a lograr un embarazo, que incluyen la manipulación tanto de espermatozoides como de ovocitos, o embriones para el establecimiento de un embarazo. Algunas de ellas son la *fecundación in vitro*, la transferencia de embriones, la transferencia intra-tubárica de gametos, la transferencia intra-tubárica de cigotos y la transferencia intra-tubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones y el útero subrogado, entre otras.

La *fecundación in vitro*⁶ y la *inseminación artificial o asistida*,⁷ juegan un papel relevante dentro de esas técni-

⁵ Amparo en revisión 553/2018 y Amparo directo en revisión 2766/2015.

⁶ La fecundación in vitro constituye el procedimiento por medio del cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con esperma en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido esto, el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer.

⁷ La inseminación artificial o asistida consiste en aplicar técnicas tendientes a lograr una fertilización dentro del claustro materno; biológicamente inseminar significa hacer llegar el semen al óvulo mediante un artificio cualquiera; en este caso, no existe una extracción de óvulos de la mujer, pero sí de espermatozoides del hombre, sea éste el cónyuge o un donador externo. Dentro de la inseminación artificial o asistida se contemplan distintos escenarios, formas o tipos, a saber: a) La inseminación artificial homóloga se aplica a una mujer que tiene un cónyuge o una pareja cuando el material genético es de ambos y existe un consentimiento de la pareja. b) La inseminación artificial heteróloga se aplica a una mujer que es inseminada con un material genético de un donador anónimo, pues el cónyuge o la pareja no aporta material genético para la fecundación. c) La inseminación artificial a una mujer soltera con-

cas. En la inseminación artificial conocida como heteróloga (participa la pareja), se realiza una fecundación con un gameto masculino de un donador y se debe acreditar si el otro cónyuge otorgó su voluntad para que la mujer sea inducida bajo ese tratamiento para que, jurídicamente se tenga la filiación con el hijo o hija que nazca de dicha técnica de reproducción asistida.⁸ En cambio, en la inseminación a una mujer sin pareja, o monomaterna surgen diversos debates.

A partir del uso de las técnicas de reproducción asistida, el vínculo genético ha quedado relegado para dar paso a la filiación socioafectiva,⁹ y uno de los factores fundamentales para determinar la filiación de las niñas y niños nacidos a través de estas técnicas es la "voluntad procreacional".¹⁰ El derecho de las mujeres a procrear y a decidir por una familia monomaterna enfrenta diversos retos desde el enfoque de la tutela y protección de los derechos humanos involucrados.

Ello es así porque el derecho de las mujeres a decidir el tipo de familia que quieren tener es un derecho humano que se sostiene bajo la cobertura de la elección de un

siste en aplicar la técnica a una mujer que no tiene un cónyuge o una pareja, por lo que necesariamente el material genético proviene de un donador anónimo. d) La inseminación artificial post mortem consiste en aplicar la técnica a una mujer que es inseminada con un material genético de su marido o pareja que ha muerto.

⁸ El método está concebido para que el donante se limite a suministrar el material biológico; en consecuencia, en un círculo familiar, el hijo producto de una inseminación artificial heteróloga no tendrá biológicamente un material genético compatible con uno de los cónyuges. RAMÍREZ BARBA, ÉCTOR JAIME Y VÁZQUEZ GUERRERO, MIGUEL ÁNGEL. Reproducción Asistida. Aspectos médicos, científicos, técnicos y bioéticos, en "Normativa en Bioética, Derechos Humanos, Salud y Vida", (coord. Gabriel García Colorado), México, Trillas, 2009.

⁹ http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100006

¹⁰ A esta conclusión también llega Vercellone, Paolo, *Tratato di diritto civile Italiano, La filiazione*. Vol. III, Tomo II, Edit. Utet, Torino, Italia, 1987, p. 151.

plan de vida, esto es, del ejercicio del libre desarrollo de la personalidad. En el caso de optar por una familia monomaterna en el que la voluntad procreacional sea a través de TRHA, se involucra una relación estrecha con diversos derechos humanos, que pueden, en diferentes contextos, colisionar o entrar en tensión.

Este texto se enfoca en la *inseminación artificial a una mujer soltera*, por lo que el material genético proviene de un donador. Existen distintos tipos de donadores, se analizarán los casos en los que se cuenta con un donante de esperma conocido con la intención inicial de que el donante de esperma no sea un padre legal, y luego más tarde, por lo general después del nacimiento, las cosas cambian.

Existen diversos patrones de hechos predominantes,¹¹ por ejemplo, cuando un donante de esperma que no tiene la intención de ser un padre legal cambia de opinión y más tarde hace valer sus derechos parentales; cuando el donante de esperma no tiene intención de ser un padre legal, pero luego la madre —o la pareja— quieren que el donante del esperma sea el padre legal (generalmente para el pago de manutención); asimismo, es frecuente que el hijo o hija que quieran conocer su origen y a su progenitor biológico.

De esas situaciones, existen diversas presunciones de análisis que se presentan o surgen en el debate académico respecto del conflicto de colisión de derechos y principios que deben ser ponderados, a manera en que sean protegidos o maximizados desde un enfoque pro-

¹¹ Detectados en la jurisprudencia internacional. Cfr. Bioethics: The Law, Medicine, and Ethics of Reproductive Technologies and Genetics. An introduction to the study of bioethics and the application of legal and ethical reasoning. https://online-learning.harvard.edu/course/bioethics-law-medicine-and-ethics-reproductive-technologies-and-genetics?delta=1&gclid=CjwKCAjwm7mEBhBsEi-wA_of-TjnSiJJQjEeWVv2uhMu3EfR-MC0zmnsqyFwJ8mb6mYDS-spSSRDET-BoCzLUAQAvD_BwE

gresivo de los derechos relacionados con la voluntad procreacional en una familia monomaterna:

1) La voluntad procreacional de las mujeres a tener familias monomaterales, en donde el cedente del gameto es anónimo, sin embargo, la o el niño pregunta por su origen biológico. En este escenario: ¿Debe hacerse del conocimiento del niño quién fue la persona cedente del gameto en respuesta a su derecho humano a la identidad y al libre desarrollo de la personalidad?, ¿Debe respetarse el derecho de las mujeres a tener familias monoparentales sin revelar quién es cedente del gameto?, ¿Debe reconocerse la filiación biológica o la afectiva?

2) La voluntad procreacional de las mujeres a tener familias monomaterales, en donde el cedente del gameto no es anónimo, pero existe un contrato, en el cual sólo se estipula que fungirá como el cedente, sin solicitar la paternidad o filiación. Sin embargo: ¿Qué sucede si el donante se arrepiente y desea reconocer la paternidad? ¿Se debe reconocer la paternidad y la filiación biológica?, ¿Qué sucede con el derecho de la mujer a tener una familia monomaterna?, y ¿En qué lugar se posicionaría el derecho de las y los niños a conocer su origen e identidad y filiación?, ¿Cómo debe entenderse el libre desarrollo de la personalidad en este caso?

Para intentar dar respuesta a estas preguntas se consideran diversas variables,¹² entre las cuales cabe destacar por un lado, casos donde una mujer soltera tiene un

¹² En la jurisprudencia de Estados Unidos existen cinco variables relevantes que se han considerado para determinar la filiación: 1) ¿el donante de esperma u óvulos es anónimo o conocido? 2) ¿el receptor del esperma o del óvulo está casado o no está casado? 3) ¿la inseminación fue realizada por un profesional autorizado o no? 4) ¿hubo un acuerdo entre el donante y el futuro padre con respecto a cosas como el acceso al niño, la paternidad, la custodia, etc. que permita a los individuos hacer su propio acuerdo —ordenamiento privado— para alterar las consecuencias legales o no? 5) ¿qué tipo de relación

hijo con un donante conocido y el Tribunal determina que los acuerdos entre un donante y un receptor son irrelevantes. Por ejemplo, en el caso *CM vs CC*¹³ de 1977 donde un donante conocido hizo una inseminación de una mujer no casada sin la ayuda de un médico autorizado. El tribunal de Nueva Jersey explicó que no había un estatuto aplicable, porque ella no estaba casada y porque tenía una relación de larga duración con el donante, a quien se determinó como el padre legal. Una de las razones de la decisión fue el interés superior del menor, pues se quería que tuviera dos padres legales.

Otro ejemplo es el caso *Ferguson v McKiernan*¹⁴ en el que se estudió si un donante conocido involucrado en una donación privada de esperma¹⁵ que se realizó por medios clínicos y no sexuales puede ser considerado responsable de la manutención de los hijos, a pesar de la formación de un acuerdo entre el donante y la donataria de que ella no hará responsable al donante de la manutención del hijo que resulte del acuerdo. En este caso, la Corte de Pensilvania determinó que existía un acuerdo vinculante y válido, pero que es contrario al “orden público” porque un padre no puede negociar los derechos de manutención de un menor. El caso consideró relevante que las partes se conocían¹⁶ y, aunque “el punto de

tenía el donante con el niño o con los futuros padres, especialmente en el período inicial tras el nacimiento del niño.

¹³ *C.M. v. C.C.*, 152 N.J. Super. 160, 377 A.2d 821 (1977) consultable en <https://casetext.com/caselcm-v-cc-1#:~:text=Summary-,In%20C.M.%20v.,rights%20of%20the%20resulting%20child>.

¹⁴ 940 A.2d 1236 (2007) *Ivonne V. Ferguson, Appellee v. Joel L. McKiernan, Appellant*. Supreme Court of Pennsylvania. Argued May 17, 2005. Decided December 27, 2007.

¹⁵ Es decir, una que se produce fuera del contexto de un banco de esperma institucional.

¹⁶ El tribunal señaló que el caso tiene todas las características de la donación anónima de esperma, excepto que se conocían. Negociaron un acuerdo fuera de una relación romántica. Hicieron la inseminación por medios clínicos

partida es respetar la libertad del contrato”, se determinó que es contrario al orden público y que no sería lo mismo si el donante de esperma fuera anónimo pues en ese caso el hombre no tendría obligaciones de manutención ni derechos sobre el menor.

En ambos casos, se observan diversos juicios de valor, el primero está asegurando la opción de que todos los menores tengan un padre legal, el segundo da un valor o prioriza la donación anónima del esperma. En el caso *Ferguson v McKiernan*¹⁷ la Corte sostuvo que “el interés superior es importante, pero sin la protección de la manutención, estos niños podrían no haber nacido o habrían nacido de un donante de esperma anónimo que no hubiera sido responsable de la manutención”. Ante esta paradoja, cabe preguntarse si ¿Es realmente importante que todas las niñas y niños tengan dos padres legales?

En México, la Suprema Corte ha definido la “voluntad procreacional”¹⁸ como el deseo de asumir a un hijo como propio, aunque biológicamente no lo sea, y con esto, todas las responsabilidades derivadas de la filiación. Es uno de los factores fundamentales para determinar la filiación de los niños y niñas nacidos a través de dichas técnicas de reproducción asistida. Cuando una persona nace con el consentimiento de la pareja, mediante una inseminación artificial heteróloga, la existen-

y no por el coito. Intentaron ocultar al personal médico la conexión genética del donante, los amigos y la familia. Durante cinco años mantuvieron una distancia total entre ellos.

¹⁷ 940 A.2d 1236 (2007) *Ivonne V. Ferguson, Appellee v. Joel L. McKiernan, Appellant*. Supreme Court of Pennsylvania. Argued May 17, 2005. Decided December 27, 2007.

¹⁸ Tesis 1a. LXXVIII/2018 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de rubro: VOLUNTAD PROCREACIONAL. CONSTITUYE UN FACTOR DETERMINANTE EN LA FILIACIÓN DE UN NIÑO O UNA NIÑA QUE NACIÓ BAJO UN PROCEDIMIENTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA. Registro Digital: 2017285

cia de una liga biológica es innecesaria para el reconocimiento legal de la relación paterno-filial, pues en este caso, la realidad biológica cede o se torna irrelevante para establecer la filiación.¹⁹

La Primera Sala²⁰ ha considerado que en la inseminación artificial heteróloga, la *voluntad procreacional* es uno de los factores determinantes para la constitución del vínculo filial del menor, y para que el cónyuge que lo da, quede jurídicamente vinculado a todas las consecuencias de derecho de una auténtica relación paterno-filial, es decir, para que el cónyuge varón o mujer, asuma las responsabilidades derivadas de la filiación; voluntad que se protege bajo el amparo del artículo 4º constitucional.

El caso que aquí se pretende visibilizar implica dilucidar lo siguiente: ¿es posible arrepentirse?, ¿qué reglas o qué posturas rigen?, ¿qué perspectivas encontramos?, ¿cómo opera la filiación cuando se hace uso de las técnicas de reproducción asistida? Al resolver el amparo directo en revisión 2766/2015,²¹ la Primera Sala de la Suprema Corte mexicana, citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, indicó que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos

¹⁹ *Amparo directo en revisión 2766/2015*. 12 de julio de 2017. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien reservó su derecho a formular voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho a formular voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Norma Lucía Piña Hernández. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Secretario: Daniel Álvarez Toledo.

²⁰ Al resolver los amparos en revisión 553/2018 y 852/2017, así como el amparo directo en revisión 2766/2015.

²¹ *Amparo directo en revisión 2766/2015*. 12 de julio de 2017. Unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, se reservaron su derecho a formular voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Norma Lucía Piña Hernández (Presidenta y Ponente). El Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena estuvo ausente.

a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar; además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y la identidad de una persona, tanto en su dimensión individual como de pareja.²²

III. TENSIONES Y PONDERACIONES ENTRE DIVERSOS DERECHOS INVOLUCRADOS

En el caso de optar por una familia monomaterna en el que la voluntad procreacional sea a través de TRHA, se involucra una relación estrecha con diversos derechos humanos, que pueden manifestarse en diferentes contextos.

Se identifican derechos como: a) el derecho de los cedentes de gametos al arrepentimiento del anonimato o a reconocer la paternidad, b) el derecho de la hija o hijo a conocer su origen biológico, c) el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la hija o del hijo, d) el derecho a la identidad de la hija o el hijo, e) el derecho a la maternidad y a crear una familia monomaterna, y, f) el derecho a la filiación. Asimismo se consideran principios constitucionales y convencionales, como son: i) el interés superior de la niñez, y ii) el principio de igualdad y no discriminación bajo el reconocimiento de la diversidad en la conformación de todo tipo de familias.

Este conjunto de derechos y principios están inmersos diversos escenarios o situaciones que suelen darse

²² La Organización Mundial de la Salud ha resaltado que cada individuo o pareja es libre en su decisión de tener hijos, cuántos y con qué frecuencia, y en caso de presentar problemas de fertilidad, pueden intentar métodos sencillos o avanzados de reproducción, como la fertilización *in vitro*. Tales tratamientos son innovadores desde el punto de vista científico y han revolucionado los conceptos de identidad generacional y de familia. Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida. Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). 2010.

respecto a los derechos de las personas involucradas en la decisión de procreación voluntaria a través de las técnicas de reproducción asistida.

Previo a realizar el análisis de la ponderación, es importante definir la figura del donante o cedente de gametos y diferenciarla con la de la persona progenitora (madre o padre), en razón de que las relaciones con las y los hijos se tornan distintas, esto es que los vínculos de paternidad y la filiación son distintos respecto de ambos.

1. Conceptos importantes

Diferencias entre la figura del cedente de gametos y la persona progenitora. Se considera, en principio que, al haber una persona cedente de gametos no existe un vínculo filial, ya que, media esa donación, y ello se diferencia entre una madre y el material genético.²³ la figura del donante tiene diversas aristas y distintos tipos de donadores: compensados y no compensados,²⁴ donantes conocidos o desconocidos,²⁵ anónimos²⁶ de identidad abierta.

Dos de estas aristas llegan a ser comúnmente controvertidas: 1) donación anónima y 2) donante conocido. En este último, se especula sobre la posibilidad de un reclamo de paternidad y existen particularidades del

²³ Véase: Varsi, Enrique. Determinación de la filiación en la procreación asistida. 2017. Rev. IUS vol.11 no.39 Puebla ene./jun. Consultable en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n39/1870-2147-rius-11-39-00006.pdf>

²⁴ Que reciben una remuneración por su donación de esperma o no.

²⁵ Dependiendo de si tienen una relación previa por ejemplo familiares, amigos.

²⁶ Aunque se saben cosas como su color de pelo, su altura o información médica, nunca se tiene acceso a la información de identificación del donante que tampoco tendrá nunca información identificativa sobre la receptora. Normalmente, una vez que el niño o niña cumple los 18 años, puede contactar con el registro para obtener información sobre su donante de esperma.

donante conocido, ya que pueden surgir conflictos en los que pueden confundirse los roles familiares e incluso la interpretación distorsionada entre donante y progenitor, en particular en familias monomaternales.²⁷ Ello, además de que pueden arrepentirse, sobre todo, al conocer a la persona que utilizó los gametos.

Así, la distinción de la persona donante no se equipara con un padre, en el caso de las mujeres que acuden a tratamientos de donación de esperma, puesto que, generalmente, en la contratación se puede estipular que solo se trata del cedente del gameto, más no la paternidad, y tampoco la existencia de una filiación. Asimismo, cuando la figura del donante es anónima, lo que sucede en su generalidad, aun conociendo a quien cede sus gametos, pues dona y renuncia a la voluntad de paternar.

En ese sentido, bajo esta premisa, la paternidad no se piensa desde la característica biogenética, sino desde otras características, por lo que en consecuencia se arriba a que en la filiación derivada por el uso de las técnicas de reproducción asistida predomina el elemento volitivo sobre los elementos biogenéticos.

Enrique Varsi señala que la tendencia actual para la determinación del nexo filial es la prevalencia de la voluntad, y que poco a poco ha desplazado al aspecto biogenético. Así, que los hijos o hijas nacidas de las técnicas de su vínculo filial se determina en función de la voluntad procreacional como un hecho jurídico compuesto de elementos volitivos, sociales y afectivos; y por tanto, el vínculo genético ha quedado relegado para dar paso a la paternidad socioafectiva.

A éstas se debe sumar la filiación, producto de las TRHA en donde prima la voluntad procreacional; no manda lo genético, manda lo querido. Se considera que no es la TRHA la fuente de la filiación sino la voluntad

²⁷ Varsi, 2017. Op cit.

de las partes cuando no existe coincidencia genética entre las personas que desean asumir el vínculo filial con quien ha nacido a través de esas técnicas.

La voluntad procreacional, es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando ésta se ha producido por técnicas asistidas de procreación.²⁸ El principio voluntarista se sobrepone a la verdad biológica, pues ésta no es un valor absoluto, si se toman en cuenta las relaciones fácticas y el deseo de las partes.

De tal forma que, esta teoría apunta a la determinación de la filiación con fundamento en la voluntad de querer tener descendencia, independientemente de la existencia o no del nexo biológico, el cual queda sin cuidado.²⁹ Autorizada la técnica, la filiación se determina no por las pautas de la naturaleza sino por la declaración de voluntad, la cual debe constar en un documento indubitable (consentimiento informado previo, informado y libre).³⁰

En ese sentido, no es posible atribuir la paternidad a quien acepta que su semen sirva a la fecundación, ya que se ha limitado a ponerlo a disposición de terceros, como sucede con los cedentes, quienes no adquieren responsabilidad alguna; solo prima su interés altruista y solidario de permitir la maternidad o paternidad de otros. Sin embargo, este último no forma parte de la relación intersubjetiva, puesto que carece de interés en la formación de una nueva vida mediante el aporte de sus células germinales.³¹ Aquí surge el efecto: querer ser padre o querer ayudar a ser padre; lo cual genera una di-

²⁸ Sambrizzi, Eduardo A., La filiación en el Código Civil y Comercial la procreación asistida, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 68.

²⁹ Varsi 11, 2017. Op cit.

³⁰ Véase: Krasnow Adriana N. Filiación: Determinación de la maternidad y paternidad, La Ley, p. 219.

³¹ Krasnow Adriana N. Filiación: Determinación de la maternidad y paternidad, Buenos Aires, La Ley, p. 217

sociación entre la paternidad y maternidad biológica y la filiación legalmente establecida.

Cuando Varsi señala que el vínculo quedó relegado a la paternidad socioafectiva, es importante explicar que ello se desprende del escenario de familias con padre y madre; madre y madre o padre y padre, que decidieron tener hijos a través de las TRHA; lo cual no parte de un escenario de una familia monomaterna. Si bien, se coincide en que la voluntad procreacional ha influido en años recientes en la filiación socioafectiva, en el reconocimiento de todo tipo de familias, en el caso de la monomaterna, la filiación solo trataría de una madre y un hijo o una hija, integrantes de la familia, que involucra a la gestora y madre biológica, y, por tanto, la filiación socioafectiva dejaría de existir.

De todas formas, la voluntad y el deseo de ser madre no suprime la necesidad de un proceso de reflexión donde se procesa la discontinuidad biogenética para considerar a una hija o hijo como propio de aquel donante de esperma, ya sea cuando se arrepiente del anonimato o cuando el hijo o hija quiera conocer al donante con el cual tiene, solo, la vinculación genética o biogenética.

En acompañamiento a estas inquietudes está el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las personas usuarias de las TRHA y la importancia de los cambios culturales, legislativos y de jurisprudencia en torno de la filiación, la maternidad y los derechos a formar cualquier tipo de familia. Establecido lo anterior, se propone la ponderación entre los dos contextos propuestos.

2. Posibilidades de ponderación de derechos

PRIMER ESCENARIO. Las hijas o hijos nacidos utilizando gametos donados quieren buscar “al padre” o que donó el material genético. Su fin es conocer sus orígenes.

Es un derecho humano el derecho a conocer de dónde venimos, el derecho a tener una identidad propia, así como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que en el caso de la voluntad procreacional en familias monomateras, se involucran con el derecho a la madre a decidir el tipo de familia que desee, y el derecho al anonimato del decente del gameto. Estos derechos involucran una ponderación en que la decisión que se tome tiene sea aquella en la que mejor se proteja el interés superior de la niñez.

El principio de interés superior de la niñez y el derecho a tener una familia se encuentran reconocidos en el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Se señala que, en todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. [...] Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

De igual forma, se indica que la ley debe proteger la organización y el desarrollo de la familia, así mismo que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por su parte, el derecho a la identidad de los niños y niñas está compuesto por el derecho a tener un nombre, una nacionalidad y una filiación; también reconocido en el artículo 4 constitucional. En consecuencia, en México la voluntad procreacional se protege en dicho precepto.³²

En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la identidad es el conjunto de

³² Tesis: 1a. LXXIX/2018 : Primera Sala (10a.) de rubro “VOLUNTAD PROCREACIONAL. SU FUNDAMENTO DERIVA DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE UN MENOR DE EDAD.” Registro digital: 2017287

atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”.

La interpretación de ese derecho contenido en el artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño, el cual señala que: 1. Los Estados Parte se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha destacado la importancia del conocimiento de los orígenes, un derecho esencial para desarrollar la propia identidad que forma parte del derecho a la vida privada familiar reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.³³

Muñoz y Vittola identifican dos fases del derecho a la identidad: una dinámica y otra estática; de ésta última advierten que además de estar compuesta por varios elementos, uno de ellos es el elemento genético. Para delimitar los alcances de un derecho a conocer los orígenes en la reproducción asistida, buscan desentrañar el grado

³³ En el caso *Rose vs. Secretary of State for Health and Human Fertilisation and Embriology Authority*, High Court of Justice, Queen’s Bench Division, del 26 de julio de 2002, se concluyó que tanto en las personas nacidas mediante TRHA heteróloga, con donación de gametos, como en el caso de personas adoptadas, está en juego la vida privada familiar. “Un ser humano es un ser humano, con independencia de las circunstancias de su concepción y uno concebido mediante inseminación artificial con gametos donados tiene derecho a construirse una imagen de su propia identidad como cualquier otro ser humano. Vivimos en una sociedad mucho más abierta que la de hace veinte años. El secreto hoy día ha de estar justificado”.

de importancia que el elemento genético contiene en la construcción de la identidad de personas nacidas mediante las TRHA.

Para ellos, la participación del donante no debería afectar sustancialmente la construcción de la identidad del nacido más allá de importar un simple dato genético, toda vez que madre y gestante, en este caso, son la misma persona. Asimismo, el ejercicio de este derecho implica que previamente de debe tener conocimiento acerca de cómo fue la concepción.

Este mecanismo previo pone en evidencia el conflicto entre el derecho a conocer del hijo y el derecho a la intimidad personal de sus progenitores o del donante. Este conflicto de derechos, que en principio parecerían encontrarse en un piso de igualdad, obliga a observar cómo se afectan mutuamente.³⁴

Ellos concluyen que la parte más vulnerable de estas relaciones humanas es la persona nacida mediante el uso de las TRHA, quien puede verse privada, por voluntad de otros, de uno de los elementos constitutivos de su identidad. El derecho al conocimiento es inherente al principio de autonomía y el derecho de libertad, puesto que, nadie puede suplantar la decisión o el deseo de una persona a conocer sus orígenes, sean genéticos o biológicos, fundado en el derecho a decidir cómo criar a los hijos o a la intimidad personal.

Así, debe ponderarse el derecho a conocer los orígenes con el derecho a la intimidad personal de otras personas involucradas. La pretensión que busca extender el derecho a conocer hasta el punto de la identificación de los donantes debe encontrar justas razones, pues entra en conflicto directo con la intimidad personal del donante.

³⁴ Véase, Muñoz Rosalía y Leonardo R. Vittola. El derecho a conocer el origen genético de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida con donante anónimo. Consultable en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n39/1870-2147-rius-11-39-00011.pdf>

Contrario *sensu*, la limitación y resguardo de la identidad, el anonimato, debe guardar una justificación razonable, pues entra en conflicto con el derecho a conocer los orígenes de la persona nacida a través de la reproducción asistida.³⁵

No está por demás, advertir que, en el caso del régimen de filiación, debe considerarse el principio de igualdad, el principio de protección de los intereses superior de la niñez y en la voluntariedad. Al someterse una mujer a las TRHA, la niña o niño nace de la decisión de la madre, de su deseo de tener una familia monomaterna, en la que no considera el vínculo biogenético de cedente del gameto, quien renuncia a ser padre o a tener un vínculo filial, ni de tipo biológico ni socioafectivo.

Ese contexto reconoce como principio derivado de la dignidad de la persona humana, de su libertad, autodeterminación, igualdad, intimidad, no discriminación y del pluralismo que inspira a la familia moderna. No obstante, el reconocimiento de esos derechos, algunas legislaciones y posturas académicas, no dejan de lado el derecho que tienen el hijo o hija a conocer su origen biológico (del padre) y a tener una identidad. El derecho a conocer la identidad propia es la facultad del ser humano, sustentada en el principio de la verdad biológica, que le permite saber quién es su progenitor quien, por distintas causas, puede ser desconocido, estar en discusión o ser debatible.

Las profesoras Kemelmajer, Herrera y Lamm³⁶ formulan la teoría de que no se debe privar a la persona nacida mediante TRHA del derecho a conocer su origen

³⁵ Véase: COMITÉ DE BIOÉTICA DE CATALUNYA, "El derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos de la persona", p. 5. Consultable en: <http://comitebioetica.cat/wup-content/uploads/2016/06/Derecho-aconocer-los-origenes-biologicos-CBC1.pdf>

³⁶ Véase: Kemelmajer De Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "Filiación derivada de la reproducción asistida. Derecho a conocer

genético. La persona debe tener acceso a dicha información mediante un trámite judicial en el cual encuentre protección a los intereses involucrados (los del cedente), todo a la luz del principio de proporcionalidad.

Una postura contraria es la que indica que el derecho de conocer la identidad del cedente violaría el derecho a la privacidad. Incluso, entre médicos y personal sanitario, existe la opinión generalizada de que el anonimato del cedente es una condición *sine qua non* para que exista donación de gametos.

Así, una postura considera que el interesado puede acceder a información, pero de tipo no identificatoria, pues no puede transgredirse el derecho a la intimidad personal del donante. La otra postura, se abre el panorama, pues la persona puede acceder a todo tipo de información, incluso identificatoria, pues considera que no sólo es relevante el dato genético, sino también toda otra información acerca del donante.

Al contraponerse el derecho a la privacidad de la información del cedente del gameto, desde una estricta confidencialidad, que conlleva el principio de anonimato, y el derecho a conocer nuestro origen, en el derecho comparado se pueden advertir diversas posiciones. Por ejemplo, Suecia permite conocer la identidad del cedente y España la limita, pues se considera que los hijos tienen derecho a obtener información general de los cedentes. Esta información no incluye su identidad y corresponde el mismo derecho a las receptoras de gametos.³⁷

los orígenes, a la información y al vínculo jurídico", La Ley, octubre, 2012, No. 189, p. 1.

³⁷ Las legislaciones que desarrollan este tema se agrupan en dos corrientes. La primera, conformada por Alemania, Austria, Reino Unido, Suecia y Suiza, permite la aplicación de las técnicas de reproducción asistida sólo si se respeta la dignidad de las personas. Es decir, se acepta la donación de espermia y óvulos y se reconoce al hijo el derecho a conocer la identidad del donante anónimo. La segunda, conformada por Bulgaria, España, Francia, Noruega

Las legislaciones comparadas han otorgado diversos tratamientos a la protección del anonimato del dador, pues consideran la participación de un tercero, dador de material genético, en el proceso reproductivo y en la determinación de los vínculos filiales. España, Francia, Grecia y Noruega regulan el anonimato. Austria y Suecia admiten el derecho de los hijos a conocer a su progenitor biológico. Alemania e Inglaterra, si bien no lo han regulado expresamente, lo han admitido a través de los Tribunales.³⁸

Como se puede observar, la tendencia es proteger el derecho de la identidad, y bajo algunos matices justificables, busca retirar la reserva de la información, de forma parcial, del cedente anónimo. Esto se fundamenta en que la hija o el hijo tiene el derecho de conocer su origen, a fin de permitir la formación de su personalidad, hacerse de una identidad, con independencia del establecimiento filial.

Algunos de los matices que se consideran para la interrupción del anonimato son los siguientes tres fines: a) impedimentos matrimoniales; b) para satisfacer una necesidad psicológica de conocer la ascendencia genética; c) para preservar y salvaguardar la vida y la salud del niño, y sus padres, en caso de enfermedad genética o hereditaria.³⁹

María Victoria Famá sostiene que: "la ponderación de los derechos en juego exige adoptar una solución intermedia que, por un lado, garantice el derecho a la identidad del hijo y, por el otro, preserve los vínculos familiares habidos de la fecundación heteróloga, siendo

y Quebec, admite la aplicación de las técnicas de reproducción, pero no reconoce al hijo posibilidad alguna de conocer la identidad de los donantes, sólo en forma excepcional. Véase Famá, María Victoria, *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 419.

³⁸ Varsi Op Cit.

³⁹ Ídem.

en tal caso necesario 'sacrificar' en cierta medida la intimidad del donante. Esta solución implica distinguir entre dos aspectos del derecho a la identidad: el derecho al emplazamiento filial y el derecho a conocer los orígenes".⁴⁰

Así en el caso de la filiación al tratarse de voluntad procreacional en la construcción de la una familia monomaterna, se distingue del derecho a conocer los orígenes para formar la identidad y el libre desarrollo de la personalidad. En ese sentido, el derecho al emplazamiento filial, quedaría inexistente por el derecho a proteger y maximizar, el de las mujeres a tener la familia que decidieron a partir de sólo ellas tener ese derecho de filiación biológica, no así del cedente anónimo.

Como se señaló en líneas anteriores, el derecho a conocer el origen biológico, a tener una identidad y al libre desarrollo de la personalidad, no debe negarse de forma absoluta, sino que debe, ya sea, como algunas legislaciones lo plantean, tenerse abierta sin considerar la privacidad del gameto, o como otros ejemplos, considerar los matices y la razones por las cuales se pretende conocer ese origen, ya sea el biológico o el genético sin vulnerar el derecho a la privacidad. En todo momento debe tenerse presente el derecho de las mujeres a la familia monomaterna, en la que no se pretenda, con el reconocimiento del derecho a conocer el origen biológico, modificar el tipo de familia decidida por la madre.

SEGUNDO ESCENARIO. El cedente de gametos se arrepiente de su anonimato o renuncia a ser padre y por tanto, reclama la paternidad de una hija o un hijo.

En este caso, están involucrados un contrato en el que la persona cedente bajo su propia voluntad dona

⁴⁰ Véase Famá, María Victoria, *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 427.

sus gametos y renuncia a la paternidad. En esa acción, se vinculan el derecho de la madre a tener una familia monomaterna, a mantener en anonimato a la persona de donó el espermatozoides, y éstos se posicionan en conflicto con el derecho de la hija o hijo a conocer sus orígenes y formar su propia identidad, y el derecho de paternidad y filiación por parte del donante.

Si bien en líneas previas se distinguió entre la figura de la persona cedente de gametos, de la procreación, así como de la paternidad. Es importante partir de la determinación del fundamento "natural" de la filiación, la cual es, la procreación. Sin embargo, ésta no es la única forma en que se constituye la filiación, por ejemplo, aquella en que, al no existir una procreación, puede existir una filiación por establecerse (reproducción asistida y filiación indeterminada) (Varsi 17, 2017).

Para este autor, el uso de las TRHA se practica con conocimiento y consentimiento del donante del gameto y que, en el contrato, se le inhabilita para demandar *ex post* por impugnación de la paternidad. Lo contrario sería entorpecer y negar sus propios actos, *venire contra factum proprium non valet*.

El problema derivado de la fecundación artificial con intervención del cedente de gameto es establecer los efectos jurídicos que se derivan del consentimiento sobre el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad. Se parte de que, impugnar una paternidad derivada del arrepentimiento de ser un cedente anónimo conlleva una inmoralidad en la conducta de quien se retracta luego del proceso. Esto a pesar de haber cedido sus gametos, lo que evidencia su voluntad de no querer asumir el vínculo paterno-filial. De este modo, se viola el principio de la buena fe y lealtad.⁴¹

⁴¹ Véase: Famá, María Victoria, La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 91.

En el establecimiento de la filiación debe primar la buena fe y la voluntad primigenia de permitir la fecundación con material genético, que en el caso de las familias monomateras sería solo la filiación con la madre. Por tanto, ¿la persona donante, aun cuando se conoce por la madre, puede perder la filiación, si al firmar el contrato, su obligación se reserva únicamente a ceder los gametos?

En tal caso, se establece la regla de la inimputabilidad de la filiación y el principio del anonimato del cedente, ello, como consecuencia de la separación (del dato biológico y el vínculo jurídico), y para adecuar las normas jurídicas a las pretensiones de quienes recurren a las TRHA.

En ese sentido, el arrepentimiento del cedente anónimo a no ser únicamente el donante, sino a tener la paternidad y reconocer la filiación con el hijo nacido a través del TRHA, implica el incumplimiento de la inimputabilidad de la filiación, la vulneración al principio de anonimato del cedente y al respeto del derecho de la mujer a construir el tipo de familia que ella deseó, el de una familia monomaterna. Y, por ende, el derecho a la igualdad y no discriminación sobre la decisión de formar la familia que se quiera tener.

Por otra parte, podría involucrarse el interés superior de la niñez y el derecho de la hija o hijo a conocer su origen y a formar su propia identidad; y por su parte, el derecho del donante a ser padre (cuestión a la que renunció en el contrato).

En suma, la ponderación entre los derechos, en la actualidad, advierte la mirada ante los cambios culturales respecto a los roles de las mujeres y hombres en la sociedad, sobre sus derechos a formar el tipo de familia que deseen, no necesariamente la decisión de tener hijas o hijos y la forma en que éstos deben concebirse debe darse por ambos géneros. Ello, ya incluye el derecho de

cada persona a construir y crear la forma en que quiere vivir su vida familiar.

De forma general, la causa, como es la voluntad procreacional, es la que determina la paternidad de la fecundación asistida. Se trata de la voluntad de procrear, de recibir gametos, por un lado, y voluntad de no asumir una relación paterno filial; sólo de aportar gametos o de gestar, por el otro.

Así, en el caso de las familias monomaternales será la decisión volitiva de la mujer a tener una hija o hijo a través de las TRHA, el cual es la causa eficiente y motivo para firmar un contrato en el cual, se establezcan las condiciones en las cuales actúa el cedente de gametos, quien, se limita a donar y a renunciar a la paternidad, pues ésta, simplemente no se contempla en la decisión de la madre a conforma una familia monomaterna.

Ahora bien, el derecho de filiación y el reconocimiento de la paternidad conllevan, hoy día, observar las categorías sociológicas y culturales, para considerar la reconstrucción social de la filiación, así como a re-pensar la paternidad como un concepto social que trasciende a lo biológico, y que ante nuevos escenarios cómo pueden reconocerse ante los diferentes escenarios que se presentan actualmente.

Cabe la siguiente interrogante: ¿Qué hacer?, se debe crear una nueva categoría de filiación con base en la procreación asistida ante el arrepentimiento del donante a que se le reconozca la paternidad y la negativa de la madre a formar una familia distinta a la monomaterna. De hecho, las técnicas de procreación, actualmente, exigen nuevas reglas de filiación, sea a través de la paternidad real o formal.

Si bien, el derecho a que se reconozca la paternidad, en el caso de quien donó el gameto, no habría duda de ser una paternidad real y una filiación, por tanto, biológica. Sin embargo, está involucrado el rechazo al anoni-

mato elemento fundamental para sostener el derecho de la madre a tener una familia monomaterna, un derecho constitucional y convencional que debe, también tutelarse.

La cesión de material genético implica tanto los productos biológicos del hombre (espermatozoides) como de la mujer (óvulos) y encuentra su fundamento en la libre disposición de los derechos de las personas, el derecho de fundar una familia y el tipo de familia, el derecho a procrear, la igualdad y libertad. Asimismo, cuando los gametos empleados son de un donante anónimo se produce una disociación con la paternidad y la de determinación de la filiación; puesto que, se parte del principio de que por las TRHA el hijo o hija es de la mujer que lo parió.

Así, en el enfrentamiento de derechos, una alternativa que se propone y que se ha pensado, es la filiación "tecnológica"⁴² como una nueva vinculación, más allá de la afectiva o la biológica, puesto que si bien, la descendencia corresponde a aquellos que la desearon, y aunque existió una renuncia a la paternidad, de ahí, no se desprende de facto la negación a la filiación.

En fundamento de lo anterior, es importante resaltar que, en el sistema tradicional, la filiación depende del matrimonio, de la determinación biológica o de la paternidad socialmente aceptada, desconociendo el querer, que es la motivación de las prácticas de generación asistida. En la reproducción natural, la falta de voluntad del hombre para procrear es irrelevante, mientras que en la reproducción asistida es la base, lo cual dista de querer o no ser padre.

En consecuencia, un matiz que puede derivarse de la ponderación sería, el reconocimiento de una distinta filiación a la biológica o a la afectiva, pero manteniendo el

⁴² Varsi Op Cit.

derecho de la mujer a una familia monomaterna, en la que no exista una relación jurídica reconocida para exigirle al cedente el cumplimiento de obligaciones legales (alimentos), derechos derivados (transmisión sucesoria), y solo debido a la impugnación de paternidad, quede a salvo la no vulneración de derecho a la identidad (origen biológico dissociado), en cuanto, si se da el caso, comentar a la hija o hijo, que nació bajo las TRHA y con un donante anónimo, que reconoció su paternidad.

Por otra parte, otros autores han señalado que existe un derecho a la procreación derivado de varios derechos fundamentales, como son el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y a la libertad. Esta afirmación concibe un derecho a procrear como el alcance mismo de la libertad personal (Varsi 5, 2017).

El criterio de Miranda Luna⁴³ va en esta línea, en el entendido de que como derecho que se reconoce a todo ser humano, incluso contemplado a nivel constitucional, se encuentra el derecho a constituir su propia familia. Esto, podría considerarse tanto en el derecho de las mujeres a procrear de la forma en que ellas decidan, así como a formar el tipo de familia que deseen, pero también, conlleva el derecho de los hombres a procrear, sin embargo, el matiz está en la intención de la procreación.

En otras palabras, la procreación es un derecho humano que puede ejercerse para formar una familia, como en este caso concreto de la mujer a una de tipo monomaterna; pero, por otro lado, ese derecho puede ejercerse también para solo reproducirse donando los gametos con otros fines, distintos, a la intención de ser padre y de formar una familia.

⁴³ Véase: 8 Miranda Luna, Raúl E., Bioética y Derecho de familia: problemas actuales sobre filiación y responsabilidad, Bogotá, Universidad del Externo de Colombia, 2002, p. 300.

De tal forma que, las TRHA han puesto sobre la mesa cambios en los modos de determinar la paternidad y la maternidad sobre la base del elemento voluntario, así como la forma en que, ante estos conflictos, deben ponderarse los derechos que están en juego. Dos de los derechos que se ven transformados en este ejercicio de ponderación frente a la posible colisión con otros derechos, en los dos contextos, son el derecho a la protección de la familia y el derecho a la libre desarrollo de la personalidad.

IV. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

En el panorama descrito, es relevante considerar el contexto de los cambios culturales y legislativos tendientes al reconocimiento y al tratamiento igualitario a todas las formas de familias derivadas de la voluntad de las personas, y del deseo de quienes quieren ser madres o padres, se impone a ideas de inclusión, respeto y reconocimiento de la sociedad y Estado a las formas de vinculación de maternidad y filiación. En el amparo en revisión 807/2019 la Suprema Corte⁴⁴ determinó que el Estado tiene la obligación de proteger todos los tipos de familia que existen en la sociedad⁴⁵ sin importar la

⁴⁴ Estudió el cambio de guarda y custodia una menor que nació en el marco de una familia homoparental, en un caso de comaternidad.

⁴⁵ En la acción de inconstitucionalidad 2/2010, se identifica diversos tipos de familias, entre ellas las siguientes:

Familia nuclear, integrada por esposo (padre), esposa (madre), con o sin hijos, que pueden ser biológicos o adoptados; **familia monoparental**, conformada por un padre e hijos o una madre e hijos, o bien, **familia extensa o consanguínea**, esto es, las que se extienden a más generaciones, incluyendo ascendientes, descendientes y parientes colaterales familias; **familia homoparental**, conformada por personas del mismo sexo, con o sin hijos. Sin importar la manera en que ésta se haya originado o se encuentre conformada, existe la

manera en que ésta se haya originado o se encuentre conformada, pues lo que se protege constitucional y convencionalmente es a la familia como realidad social.

Las comunidades familiares concebidas por donantes desafían las concepciones tradicionales sobre el papel del Estado en el derecho de familia. Naomi Cahn⁴⁶ propone que además del “enfoque médico” que se centra en los pacientes (padres) y en las clínicas de fertilidad; del enfoque de la voluntad procreacional basado en el contrato que se centra en la intención de la madre y el donante; y del enfoque de familia nuclear, que prioriza el modelo de familia “estándar” con uno o dos padres e hijos, se han propuesto diferentes formas de entender la familia.

A medida que el derecho de familia avanza cada vez más hacia la privatización, hacia la personalización del significado de la familia a través de mecanismos que van desde los acuerdos de adopción abierta hasta la cohabitación y los contratos prematrimoniales, las comunidades familiares concebidas por los donantes podrían optar por una forma débil de reconocimiento legal.⁴⁷

Cahn sostiene que deben considerarse, en primer lugar, los intereses relacionales, el enfoque tradicional en el derecho de familia, debe incluir la regulación del mundo de los donantes. En segundo lugar, deben reconocerse jurídicamente los lazos emocionales y psicológicos entre las familias donantes para orientar el desarro-

necesidad de proteger a la familia en todas sus formas y manifestaciones; por ello, el legislador ordinario tiene la obligación de crear leyes con las figuras jurídicas que resulten necesarias para la protección, desarrollo y organización de la familia en sus diversas formas de integración.

⁴⁶ Cahn, N. R. (2013). *The new kinship*. New York University Press.

⁴⁷ *The New Kinship* Naomi R. Cahn <https://core.ac.uk/download/pdf/232644502.pdf>

llo de las comunidades familiares concebidas por los donantes. Estos dos principios señalan el camino para integrar las cambiantes realidades sociales en un nuevo marco jurídico para las familias donantes, que permita a los hijos de un mismo donante se conecten entre sí.

Aunque una mayor regulación de las relaciones tiene sus peligros, este cambio de paradigma en el mundo de los donantes podría impulsar cambios más amplios y benéficos, creando opciones más allá de enmarcar a todas las familias en el modelo de familia nuclear diádica.

En la actualidad se piensan otras formas de reconocimiento de paternidad o de maternidad, que no necesariamente dependen de la procreación o de quienes quieren formar otros tipos de familias. Todo ello, protegiendo el derecho a que las hijas o hijos conozcan su origen y a formen su identidad, lo cual puede considerarse un derecho que se tutela y protege de forma distinta a la petición de paternidad del donante del gameto, los cuales, no necesariamente colisionan.

Ello es así, porque los derechos que se colisionan en este caso son el derecho de la mujer a formar una familia monomaterna, rechazando todo tipo de paternidad, y el derecho a que éste le sea reconocido al donante del gameto.

V. LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD FRENTE A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Las posibilidades del derecho al libre desarrollo de la personalidad deben armonizarse ante los distintos escenarios posibles, con el fin de poder salvaguardar en mayor medida, el principio del interés superior de la niñez, el derecho de las mujeres a decidir el tipo de familia que desean tener, así como el derecho a la igualdad y no

discriminación a todas las formas de familias que puedan existir.

Partiendo de que los donantes las personas receptoras, o ambos creen que no quieren ser identificados, pero más tarde pueden cambiar de opinión y querrán conectar con los hijos resultantes. Existen posturas a favor y en contra del anonimato de donadores de esperma.

La preocupación habitual es que los argumentos son excesivamente paternalistas y que no hay pruebas que demuestren que el cambio de preferencias se produzca, de hecho parece igualmente posible que aquellos que acepten los sistemas de identificación obligatoria quieran deshacer esa elección más adelante. Así, se advierte una perspectiva o un modelo paternalista, que surge como contraposición al modelo autonomista presidido por el principio moral de autonomía, que permite organizar nuestra existencia del modo que nos parezca más oportuno.⁴⁸

La Primera Sala de la Suprema Corte ha determinado que, desde el punto de vista externo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad da cobertura a una genérica "libertad de acción" que permite realizar cualquier actividad que el individuo considere necesaria para el desarrollo de su personalidad. En cambio, desde una perspectiva interna, el derecho protege una "esfera de privacidad" del individuo en contra de las incursiones externas que limitan la capacidad para tomar ciertas decisiones a través de las cuales se ejerce la autonomía personal.⁴⁹

⁴⁸ Miraut Martín, Laura. El paternalismo legal. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 2001. Consultado en línea en https://accedacris.ulpgc.es/bitstream/10553/8106/1/0233586_00006_0010.pdf

⁴⁹ Jurisprudencia: 1a./J. 4/2019 (10a.) Materia Constitucional Primera Sala DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. SU DIMENSIÓN EXTERNA E INTERNA. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 63, Febrero de 2019, Tomo I, página 491 Registro digital: 2019357

Desde esta perspectiva ambivalente se analizan los alcances que se han delineado en el libre desarrollo de la personalidad de los donantes y las receptoras en el caso de filiación monomaterna. Para determinar los alcances internos y externos del derecho al libre desarrollo de la personalidad, es necesario considerar (al menos) los estándares que rigen a las personas directamente implicadas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha interpretado el derecho a la vida privada y a la familia, en el sentido de que constituye el derecho de toda persona, organizar con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones; y que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico, es decir, sus derechos reproductivos.⁵⁰

Asimismo, señala que el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva, que involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Por ello la protección a la vida privada incluye el respeto a las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de convertirse en padres o madres genéticas.⁵¹

La misma Corte ha señalado que la salud reproductiva implica los derechos del hombre y la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables.⁵²

⁵⁰ Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica. 28 de noviembre de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafos 142, 143 y 145.

⁵¹ *Idem*, párrafo 146.

⁵² *Idem*, párrafos 149 y 150.

VI. LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD DE LAS PERSONAS DONANTES

La aplicabilidad de los contratos libremente acordados sigue estando sujeta a posibles cambios. Permitir que la descendencia concebida por el donante tenga acceso a la información sobre los medio hermanos genéticos o el donante, a pesar de los acuerdos entre el donante y el banco de gametos, o de los entendimientos entre los padres y el banco, plantea cuestiones similares sobre la prioridad de otros intereses (ya sea que se definan como el interés superior del niño, la formación de formas de familia alternativas, etc.)

Para prohibir el anonimato de los donantes de esperma existen al menos dos argumentos: un argumento de bienestar infantil o de derechos de las niñas y niños, que se ven afectados por el anonimato de sus padres genéticos donantes de esperma, y la revelación de esa identidad o la ausencia de secreto para empezar promovería sus intereses, o dos, los niños concebidos por donantes tienen, entre comillas, "derecho a saber" sus padres genéticos, o al menos la identidad de sus padres genéticos.

A favor del anonimato encontramos como argumentos que: no hay pruebas de que el anonimato de los donantes de esperma perjudique el bienestar de los niños concebidos por donantes,⁵³ que el derecho de los los padres mediante tecnología reproductiva tienen derecho a pasar o encubrirse como individuos fértiles y un régimen que prohíbe el anonimato es una especie de revelación forzada que viola su derecho a la intimidad. Se afirma además que este derecho a la intimidad contrarresta el cualquier derecho o interés de los niños en conocer la identidad de su donante.

⁵³ Sperm Donor Anonymity: The Big Ethical Debate - Replies, <https://learning.edx.org/course/course-v1:HarvardX+HLS4X+2T2020/home#block-v1:HarvardX+HLS4X+2T2020+type@sequential+block@9fa60a545a1e4a12912202684abde6a5>

En 1985, Suecia se convirtió en el primer país en prohibir la donación anónima de esperma⁵⁴ exigiendo que los niños concebidos por donantes puedan recibir información de identificación sobre su donante de esperma cuando fueran "suficientemente maduros". Como se adelantó, el esfuerzo sueco fue seguido por una serie de jurisdicciones, Austria, Alemania, Suiza, los estados australianos de Victoria y Australia Occidental, los Países Bajos, Noruega el Reino Unido y Nueva Zelanda. Como consecuencia de la eliminación de su anonimato los hijos concebidos por el donante pueden optar por ponerse en contacto una vez que hayan cumplido la mayoría de edad, es posible que nunca lo realice.

Estados Unidos ha divergido de la mayor parte del resto del mundo pues es posible no contar con registros para eludir la obligación de dar información de identificación a los niños concebidos por los donantes. Por su parte, al presentar las razones para resistirse al argumento de prohibir legalmente el anonimato de los donantes de esperma, el Tribunal Supremo de Justicia de la Unión Europea ha decidido que la ley de protección de los derechos de los donantes de esperma no es una norma.

En este contexto, es importante visibilizar la experiencia masculina que pareciera marginal frente a los discursos de reproducción asistida, en los que el cuerpo de la mujer está colocado en un lugar protagónico, mientras que el del hombre se ubica en un lugar secundario. Ello parece esconder el padecimiento de los hombres que sufren tratamientos hormonales, cirugías genitales y experimentan ansiedad, incluso impotencia, con los protocolos para la obtención de semen.

⁵⁴ EL ANONIMATO EN LA DONACIÓN DE ÓVULOS Y ESPERMA, ALGO QUE AFECTA A MÁS DE DOS PERSONAS. <https://www.cra.barcelona/el-anonimato-en-la-donacion-de-ovulos-y-esperma-algo-que-afecta-a-mas-de-dos-personas/>

En algunas sociedades, la infertilidad masculina se esconde por su asociación con la impotencia y la castración, a causa del estigma que esto conlleva. Por eso, "la donación de espermatozoides por un tercer participante en la concepción refuerza la idea de la familia como un espacio reservado y propicia que la donación se mantenga anónima y sea un secreto que no se comparte con los familiares, los amigos y, en ocasiones, ni con el hijo o hija concebida por este método".⁵⁵

La Suprema Corte ha determinado que "mientras que hay situaciones en las que el aspecto más relevante de la autonomía personal se aprecia en la acción realizada, existen otras situaciones en las que el ejercicio de la autonomía se observa más claramente a través de la decisión adoptada por la persona".

En este sentido, la complejidad del anonimato implica entender que éste no solo atiende al interés superior del niño o niña, o la formación de formas de familia alternativas, sino que también incumbe al derecho del donante de organizar con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones.

VII. LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD DE LAS PERSONAS RECEPTORAS (UNA MIRADA DESDE EL FEMINISMO)

"La autonomía situada en la experiencia de la maternidad puede ser entendida como un principio ético del

⁵⁵ Se ha observado que la infertilidad del hombre, aun cuando la mujer no sea infértil, no le confiere a ésta mayor poder de negociación en la pareja. Por el contrario, la mujer necesita realizar una cantidad extraordinaria de trabajo emocional para reparar el daño a la masculinidad del varón, pues asume la infertilidad masculina como infertilidad de la pareja. Cardaci, D., & Sánchez Bringas, Á. (2011). La fertilización asistida en la agenda de los grupos feministas mexicanos. *La ventana. Revista de estudios de género*, 4(33), 242-276. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-94362011000100010

feminismo, que busca la transformación de las mujeres en una sociedad; una estrategia articulada a modos de crianza que impulsen herramientas para asumir el peso del patriarcado en una sociedad donde las mujeres aún deben pelear por el reconocimiento, el respeto de su existencia"⁵⁶ y a la par, puede generar una imposición social a los antiguos modelos de crianza que se esconde en la idea de la intimidad familiar para negar el derecho a las vidas individuales desde nuevas perspectivas.

Algunos de los primeros casos en esta área, a finales de 1800, fueron sobre si una mujer que utilizaba la inseminación artificial por medio de un donante había cometido adulterio.

Un caso canadiense de 1921 fue una acción de divorcio de la esposa alegando que el matrimonio no había sido consumado. La esposa admitió haber tenido un hijo por inseminación artificial. El tribunal consideró que había tenido el hijo mediante el coito y estimó la reconvencción de adulterio del marido. Explicó que su decisión sería la misma si la esposa se hubiera quedado embarazada por medio de la inseminación artificial porque la esencia del adulterio consiste en la "entrega voluntaria" de las facultades reproductivas de una persona a otra que no es su cónyuge y que, por esa razón, la inseminación artificial debe ser declarado como adulterio "por razones de orden público".

Veintitrés años después, en Estados Unidos la inseminación artificial también se consideró adulterio en el caso *Doornbos v. Doornbos*⁵⁷ dictado por Tribunal Superior de Cook County, Illinois. Aunque actualmente esta

⁵⁶ La experiencia de la maternidad en mujeres feministas <https://www.re-daly.org/pdf/1051/105146818015.pdf>

⁵⁷ 23 U.S.L.W. 2308 (1955) (Super. Ct. Cook County, Ill., Dec. 13, 1954) (Gorman, J.), appeal dismissed on procedural grounds, 12 111. App. 2d 473, 139 N.E.2d 844 (1956). The court commented that it did not consider A.I.H. to be contrary to public policy or good morals.

postura no se sostiene cabe preguntarse si ¿se esconde eso todavía en el fondo de estos casos bajo la justificación de orden público?

Actualmente no hay duda respecto a la legalidad de que una familia monomarental utilice técnicas de reproducción asistida. El uso de la inseminación artificial por parte de las mujeres solteras permite separar la reproducción de la actividad sexual y la vida familiar tradicional, obliga a la ley a enfrentarse al choque entre el poder de la ciencia sobre la reproducción humana y los valores familiares tradicionales, demostrando que el modelo de familia nuclear es insuficiente. Sin embargo, aún existen juicios de valor, no solamente por las razones jurídicas expuestas en las sentencias analizadas, sino en la práctica.

Dado que la mayoría de las leyes exigen que sea un procedimiento médico, muchos miembros de la profesión médica se rehúsan a inseminar mujeres no casadas, ya sea por miedo o por considerar que no deberían ser mamás.⁵⁸

Las mujeres que no tienen acceso a una clínica pueden inseminarse si encuentran un donador, pero esto dificulta el anonimato del donante, mientras que en una clínica el anonimato es casi seguro. Como se ha explicado, la presencia de un donante conocido pone en escena a un padre identificable y plantea si ese hombre tiene derechos parentales sobre el niño o niña que sabe que es suyo.

Aunque existe jurisprudencia expresa sobre la protección a familias monomarentales y al libre desarrollo de la personalidad. En el fondo hay un conjunto de preferencias normativas que pueden analizarse a partir de diversas posturas feministas.

⁵⁸ Kritchevsky, B. (1981). The Unmarried Woman's Right to Artificial Insemination: A Call for an Expanded Definition of Family. *Harvard Women's Law Journal*, 4, 1.

Algunas feministas de la diferencia, resaltan la distinción entre la maternidad como institución y como experiencia, entendiéndolos como la relación potencial de cualquier mujer con los poderes de la reproducción; mientras que la maternidad como institución tiene como objetivo asegurar que este potencial permanezca bajo el control patriarcal.

Asimismo, encontramos posturas que rechazan la reproducción asistida al considerar que convierte el cuerpo de la mujer en territorio de experimentación y se denuncia como un mecanismo más de sumisión de las mujeres a su destino biológico. Esta postura opta por la defensa de la despenalización del aborto y la búsqueda de anticonceptivos seguros.⁵⁹

Por su parte, las feministas socialistas, plantearon que los avances tecnológicos eran inevitables desde una perspectiva histórica y que era necesario que todos los sectores de la población pudieran acceder a ellos.⁶⁰ Otro argumento a favor de la reproducción asistida fue que tenía el potencial de revolucionar la heterosexualidad obligatoria posibilitando las relaciones parentales en parejas lesbianas.⁶¹

A partir de 1990 el debate se extendió a la complejidad sociocultural de la infertilidad, el desarrollo de las tecnologías reproductivas y en sus efectos disruptivos en la diversidad. Por ejemplo, la discusión interseccional de los contextos al incluir lesbianas, mujeres posme-

⁵⁹ Cardaci, D., & Sánchez Bringas, Á. (2011). La fertilización asistida en la agenda de los grupos feministas mexicanos. *La ventana. Revista de estudios de género*, 4(33), 242-276. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-94362011000100010

⁶⁰ Thompson, Charis. "Fertile Ground: Feminists Theorize Infertility", en Frank Van Balen y Marcia Inhorn (eds.), *Infertility Around the Globe. New Thinking on Childlessness, Gender and Reproductive Technology*. Berkeley, Universidad de California, 2002. En Cardaci, D., & Sánchez Bringas, Á. Op. Cit

⁶¹ *Idem*.

nopáusicas; el análisis de la influencia de la religión en países musulmanes como Israel, donde la fecundación *in vitro* es totalmente subsidiada por el Estado, mientras que en países católicos se discute y regula la disposición de los embriones, porque se considera que la vida comienza desde la concepción.⁶²

En ese contexto se visibilizaron ideas eugenésicas cuando en el ámbito de la medicina privada, normalmente con altos costos, se desarrolló un mercado de gametos que solicitaba inseminación de raza blanca y proveedores con las mismas características raciales que la persona receptora.⁶³

Por su parte, en la maternidad subrogada se ha señalado la presencia de mujeres pobres como trata y, de manera ambivalente en Johnson contra Calvert,⁶⁴ se explicó que las mujeres que se someten a métodos de reproducción asistida (en aquél caso la subrogación) tienen una experiencia transformadora que no pueden predecir durante el embarazo, y que genera un yo diferente al que contrató, por lo que no deberíamos obligarlas a cumplir el contrato. A este argumento se opusieron, perspectivas feministas que pensaban que esto respondía a los estereotipos de las mujeres como irracionales, no capaces de contratar.

En el feminismo mexicano, además de la exigencia de un consentimiento informado de la adopción, acceso a anticonceptivos seguros y baratos, reformas a la legislación sobre el aborto y educación sexual, actualmente también se advierte una “mirada segmentada” de los derechos sexuales y reproductivos. Definir la materni-

⁶² Cardaci, D., & Sánchez Bringas, Á. Ob Cit.

⁶³ Inhorn y Birenbaum-Carmeli, 2008 en Cardaci, D., & Sánchez Bringas, Á. Ob Cit.

⁶⁴ Johnson v. Calvert (1993) <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/4th/5/84.html>

dad como “producto de un instinto propio de las mujeres y como el rasgo central de la femineidad” ha sido cuestionado como una imposición cultural, frente al feminismo mexicano que defiende la maternidad voluntaria como línea política central.⁶⁵

Pensar en procedimientos de reproducción asistida implica un distanciamiento respecto a diversos temas, por ejemplo, entre las mujeres lesbianas existen al menos dos posiciones respecto del deseo de ser madres a través de TRHA: por un lado existe la lucha por el reconocimiento de la pareja y matrimonio entre personas del mismo sexo, derecho a la adopción y la inseminación, mientras que en el otro segmento se ubican posturas que consideran a la maternidad como una imposición y adaptación al modelo heterosexual dominante en la que la maternidad no es relevante.⁶⁶

De esta manera, tanto para los donadores como para receptores la reproducción asistida permite formas de parentesco muy diversas, en las que la filiación se convierte en un proceso en construcción y deconstrucción de categorías como paternidad y maternidad, de los roles de padre y madre, de la concepción y el alcance de los derechos desde una perspectiva interna de las y los individuos en contra de las incursiones externas que limitan la capacidad para tomar ciertas decisiones a través de las cuales se ejerce la autonomía moral de las personas.

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ Entrevista de Cardaci, D., & Sánchez Bringas, Á. Ob Cit. «A esa corriente pertenecemos las de la vieja escuela, quienes estamos por la libertad, por el poliamor, por la libertad sexual. ¿Para qué queremos tener hijos? ¿Para qué queremos casarnos? ¿Para qué convertirnos en «gente decente»?» (entrevista realizada el 17 de julio de 2009). Consultable en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-94362011000100010#notas