

**SARAHÍ MARTÍNEZ
HERNÁNDEZ**

**ESTUDIO SOBRE EL DERECHO A
LA SUBROGACIÓN DE VIENTRE
EN MÉXICO**

2018



Universidad Autónoma de Querétaro
Facultad de Derecho

**ESTUDIO SOBRE EL DERECHO A LA SUBROGACIÓN DE
VIENTRE EN MÉXICO**

TESIS

QUE COMO PARTE DE LOS REQUISITOS PARA OBTENER
EL GRADO DE

MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA

SARAHÍ MARTÍNEZ HERNÁNDEZ

DIRIGIDO POR:

DRA. HILDA ROMERO ZEPEDA

QUERÉTARO, QRO.
NOVIEMBRE DE 2018



Universidad Autónoma de Querétaro
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho

ESTUDIO SOBRE EL DERECHO A LA SUBROGACIÓN DE VIENTRE EN MÉXICO

TESIS

Que como parte de los requisitos para obtener el grado de Maestro en Derecho

Presenta

Sarahí Martínez Hernández

Dirigido por:

Dra. Hilda Romero Zepeda

Dra. Hilda Romero Zepeda
Presidente

Dr. Raúl Ruíz Canizales
Secretario

Mtra. Ma. Guadalupe Perea Ortiz
Vocal

Mtro. Ricardo Ugalde Ramírez
Suplente

Dr. José Salvador Arellano Rodríguez
Suplente

Centro Universitario
Querétaro, Qro.
Noviembre de 2018
México

A Dios, por darme fortaleza en todo momento y regalarme la invaluable fortuna de conocer y vivir la maternidad.

A mis padres, Tere y Martín, por su apoyo y confianza constante. Mi agradecimiento y amor por siempre.

A Max, el motivo de todos mis días.

A mi esposo, por su confianza y aliento.

A Veli e Inés, por su amor, cuidado, ejemplo y consejo.

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Autónoma de Querétaro, por acogerme en sus aulas y brindarme la oportunidad de cursar mis estudios de Preparatoria, Licenciatura, Especialidad y Maestría.

Al director de la Facultad de Derecho Mtro. Ricardo Ugalde Ramírez.

Al director de Investigación y Posgrado Dr. Raúl Ruíz Canizales, por su disposición y apoyo siempre para con sus alumnos específicamente del área de posgrado.

A mi maestra y directora de tesis la Dra. Hilda Romero Zepeda, mujer de ciencia y gran ser humano, a quien admiro por su entrega, profesionalismo y humanidad. Gracias por su valiosa colaboración y dedicación en este proyecto.

Al Mtro. Everardo Pérez Pedraza, miembro distinguido del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Querétaro, por sus valiosas aportaciones en la elaboración de este trabajo.

Al Dr. José Salvador Arellano Rodríguez, por su buena disposición siempre.

De manera especial, a la Mtra. Ma. Guadalupe Perea Ortiz.

ÍNDICE

	Página
DEDICATORIAS.....	i
AGRADECIMIENTOS.....	ii
ÍNDICE.....	iii
RESUMEN.....	iv
ABSTRACT.....	v
I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES.....	3
2.1 Antecedentes Históricos.....	3
III. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA.....	6
3.1 La subrogación de vientre como técnica de reproducción asistida (TRA).....	6
3.1.1 Inseminación artificial.....	6
3.1.2 Fecundación in vitro.....	6
3.1.3 Donación de semen y óvulos.....	7
3.1.4 Esterilidad e infertilidad, un argumento legitimador de las tecnologías reproductivas.....	9
3.1.5 Parejas del mismo sexo e imposibilidad de gestación.....	10
3.2 ¿Maternidad subrogada, gestación por sustitución o alquiler de vientre?.....	12
3.2.1 Definición del fenómeno.....	12
3.2.2 Modalidades.....	13
3.3 La subrogación de vientre en México.....	14
3.3.1 ¿Son los derechos reproductivos derechos humanos?.....	14

3.3.2 Madre es la que da a luz	
“ <i>Mater semper certa est</i> ”	15
3.3.3 Tabasco.....	16
3.3.4 Sinaloa	17
3.3.5 Ciudad de México	21
3.3.6 Querétaro.....	21
3.3.7 Coahuila.....	22
3.3.8 San Luis Potosí.....	22
3.3.9 Sonora	22
3.4 Propuestas de ley sobre subrogación de vientre	24
3.4.1 Minuta en materia de Reproducción Humana Asistida (RHA), dictaminada por las Comisiones Unidas de Salud, Derechos Humanos y Estudios Legislativos del Senado y aprobada por el pleno el 28 de abril de 2016.....	24
3.4.2 Iniciativa que reforma y adiciona la Ley General De Salud del 23 de febrero de 2017.....	25
3.4.3 Iniciativa que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley General de salud, en materia de reproducción asistida del 20 de febrero de 2018.....	26
3.5 Problemática jurídica: ¿cuáles son los intereses que el derecho habrá de proteger?.....	28
3.5.1 Los padres contratantes.....	29
3.5.2 La madre gestante	29
3.5.3 El <i>nasciturus</i>	30
3.5.4 El caso de la filiación.....	30

3.5.5 Documentación de casos y jurisprudencia en el derecho comparado	34
3.5.6 El derecho a la igualdad jurídica y no discriminación en la subrogación de vientre como acceso a un nuevo concepto de familia.....	36
IV. HIPÓTESIS	41
V. OBJETIVOS.....	41
VI. MATERIAL Y METODOLOGÍA.....	42
6.1 Especificaciones.....	42
6.2 Análisis de los aspectos del derecho relacionados con la subrogación de vientre en México.....	42
6.3 Legislación asociada al vientre subrogado y el avance en materia de derecho del vientre subrogado en México por entidad federativa.....	43
6.4 Identificación de las necesidades de desarrollo en materia de legislación de vientre subrogado.....	44
VII. RESULTADOS Y DISCUSIÓN...	45
VIII. CONCLUSIONES.....	53
IX. BIBLIOGRAFÍA.....	56

RESUMEN

La subrogación de vientre es una de las técnicas de reproducción asistida que se realizan en diversos países del mundo como opción para poder procrear un hijo en caso de alguna imposibilidad médica o biológica. En nuestro país, Estados como Tabasco y Sonora son entidades que contemplan un marco regulatorio al respecto; sin embargo, en la mayoría de los estados esta práctica queda fuera de sus ordenamientos civiles y familiares y en otros como es el caso de Querétaro, existe la prohibición legal expresa. Pese a esto, la operatividad de dichos procedimientos no se ve frenada por la falta de regulación jurídica al respecto, y la normatividad vigente resulta en demasía insuficiente para contemplar algunos supuestos que quedan fuera de los alcances prácticos. En este sentido, sigue siendo un tabú el establecimiento de un marco jurídico adecuado que regule dicha práctica con el cual podamos de inicio precisar su conceptualización correcta, las partes que deben intervenir, los derechos que habrán de protegerse tanto de los contratantes, la madre gestante y por supuesto los derechos del no nacido. Por otra parte, el principio de igualdad y no discriminación, debe ser uno de los principios rectores de acceso en la práctica de la subrogación de vientre, cuya observancia y cumplimiento es determinante en los criterios que debe adoptar el legislador en la aplicación y operatividad de la norma puesto que de los avances científicos y tecnológicos se desprende que nos encontramos ante una realidad social en la que el concepto de familia no debe obedecer únicamente a una verdad biológica sino sociológica y efectiva. La posesión de estado de hijo juega un papel muy importante en la manifestación de estas verdades, pues representa un área de oportunidad para el derecho establecer un nuevo concepto de familia el cual no idealice al matrimonio o concubinato entre hombre y mujer como la base de toda familia tal y como lo establecen nuestros actuales ordenamientos; sino que, ésta institución social adquiera una connotación más amplia e incluyente contemplando los diversos supuestos que pueden conformarla como lo es el de las técnicas de reproducción asistida.

(Palabras clave: derechos, familia, filiación, marco jurídico, subrogación de vientre, reproducción asistida.)

ABSTRACT

Womb subrogation is one of the techniques of assisted reproduction that are carried out in different countries of the world as an option to be able to procreate a child in case of any medical or biological impossibility. In our country, States such as Tabasco and Sonora are entities that contemplate a regulatory framework in this regard; however, in most states this practice is out of their civil and family statutes and in others, like in the case of Querétaro, there is an express legal prohibition. Despite this, the operation of these procedures is not restrained by the lack of legal regulation in this regard, and the current regulations are too insufficient to contemplate some assumptions that are out of the practical scope. In this sense, it remains a taboo to establish an adequate legal framework that regulates this practice, and it's important that we can clarify its correct conceptualization, the parties that must intervene, the rights that will be protected from both the contracting parties, the pregnant mother and of course the rights of the unborn. On the other hand, the principle of equality and non-discrimination must be one of the guiding principles of access in the practice of subrogation of the womb, whose observance and compliance is decisive in the criteria that the legislator must adopt in the application and operation of the rule since the scientific and technological advances it is clear that we are facing a social reality in which the concept of family should not only obey a biological truth but sociological and effective. The possession of a child's status plays a very important role in the manifestation of these truths, since it represents an opportunity for the law to establish a new concept of family which does not idealize marriage or concubinage between man and woman as the basis of all family as it's established by our current legal statutes; rather, this social institution acquires a broader and more inclusive connotation, taking into account the several assumptions that can part of, such as the assisted reproduction techniques.

(Key words: rights, family, filiation, legal framework, womb subrogation, assisted reproduction.)

I. INTRODUCCIÓN

Derivado de los avances científicos en cuanto a salud reproductiva se refiere, se han presentado en nuestro país una serie de fenómenos asociados con la posibilidad de que aquellas mujeres a quienes les sea imposible ya sea por cuestiones biológicas o de salud llevar a cabo un embarazo, éstas puedan hacerlo mediante lo que se conoce como arrendamiento o alquiler de vientre. Sin embargo, al presentarse este fenómeno se visualizan una serie de cuestiones relacionadas una con el contexto social y con relación al ordenamiento jurídico. Al respecto, es preciso señalar que, dentro de la sociedad, la subrogación de vientre puede resultar en muchas ocasiones un tema evadido, por lo que se desconoce sobre estas prácticas y con ello, la regulación normativa relacionada con las mismas.

El vacío jurídico con el que cuentan la mayoría de nuestras entidades federativas en cuanto a las nuevas técnicas de reproducción asistida, entre ellas, la subrogación de vientre, deja sin certeza jurídica a las partes que deciden optar por esta alternativa para formar una familia; lo que trae como consecuencia que los problemas jurídicos que se pudieran derivar de estas prácticas queden sin sustento legal. Situaciones como abusos en cuanto ve a las partes contratantes, gastos médicos y de alimentación, protección socioeconómica y seguros en materia de salud de la mujer gestante; materiales genéticos, técnicas de fecundación y reproducción asistida; el acta del recién nacido, su situación civil y su derecho humano a tener una identidad, así como en muchos casos el tema de su migración; son rubros legales que debe contemplar la legislación civil familiar de las entidades federativas.

La existencia de un marco regulatorio que contemple la celebración de un contrato de subrogación de vientre como un método de reproducción asistida en nuestro país y que además contenga los derechos y obligaciones a las cuales se someterán las partes que en él intervengan, es una forma de dar certeza jurídica y dar paso a la regulación de las nuevas tecnologías.

En nuestro estado, el Artículo 400º del Código Civil (CCEQ, 2018) contempla la adopción de embriones, sin embargo, hace expresa la prohibición de que las parejas adoptantes no podrán acudir a una tercera mujer para la gestación del embrión, es decir, la maternidad asistida o subrogada.

Entidades federativas como Tabasco, Ciudad de México, Sinaloa, Coahuila, Zacatecas y Michoacán permiten la celebración de este tipo de contratos y cuentan además con regulación al respecto; pese a esto, existen algunas deficiencias jurídicas, así como normativas discriminatorias en cuanto a las personas que pueden recurrir a la subrogación de vientre. Es preciso destacar que ni la Ley General de Salud ni su Reglamento en Materia de Investigación para la Salud hacen referencia alguna a la maternidad subrogada, ambos solo se refieren en forma general a la inseminación artificial y a la fertilización in vitro (Martínez-Martínez, 2015).

Por ello, no sólo es importante la regulación de la subrogación de vientre dentro de un código Civil estatal o nacional, la necesidad de regulación normativa se extiende a instituciones gubernamentales como las Secretarías de Salud de cada estado y el Registro Civil como órgano encargado de emitir en su respectiva jurisdicción el acta de nacimiento de los menores. Además, la Constitución conjuntamente con los códigos civiles y familiares de las diversas entidades federativas deben contemplar un concepto de familia que no defina a esta institución restrictivamente, que no obedezca a modelos sin sustento legal puesto que la familia en sus diversas conformaciones merece la misma protección constitucional.

II. ANTECEDENTES

2.1 Antecedentes históricos

De acuerdo con Baelo-Álvarez (2013), los antecedentes de la subrogación de vientre en el mundo datan de siglos atrás. El Código de Hammurabi, en las normas 144-146 dispone que al padre de familia cuya esposa no pueda tener hijos al ser estéril, se le permitía contratar los servicios de una criada o de una esclava (madre suplente) para proporcionarle un descendiente. Si un hombre tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa no le dio hijos, y se le propone tomar a otra mujer, tomará esta otra mujer y la llevará a su casa, pero no será igual que la esposa estéril [Norma 145]. Si la esposa de primera categoría dio una esclava a su marido y tuvo hijos, y si luego ésta es elevada (en el aprecio del esposo) a igual categoría que la patrona por haber tenido hijos, su patrona no la venderá, la marcará y la tendrá entre sus esclavas. [Norma 146].

Se ha observado de acuerdo a lo establecido en el corpus normativo de Hammurabi (Baelo-Álvarez, 2013) que los intervinientes en los contratos de gestación eran la esposa (como parte comitente) y la madre sustituta (de inferior categoría y clase social) pudiendo ser ésta una criada o una esclava. A la madre suplente se le permite vivir en el hogar familiar; y aunque el marido no actué como parte activa en la gestación subrogada, puede repudiar o no aceptar a los hijos de la madre sustituta, en cuyo caso (y ante el posible incumplimiento contractual) dicho Código establece una serie de cláusulas patrimoniales y personales para favorecer y garantizar la supervivencia de la madre sustituta [Norma 137] tales como la entrega de “una dote y parte el campo, del huerto y de los bienes muebles”.

En el Antiguo Testamento, y por extensión en las diferentes civilizaciones mesopotámicas y en la cultura egipcia, también se contemplaba la maternidad subrogada. En el Libro del Génesis, Sara ante su infertilidad elige a una esclava egipcia de nombre Agar para darle un hijo a Abraham. “Raquel vio que no daba

hijos a Jacob y le dio por mujer a su esclava Bilhah quien se unió a ella y le dio un hijo al que puso por nombre Dan”. (Biblia Católica (61ª edición); Génesis, 16.1 Versión del Rey Jacobo)

La antigua religión de los griegos y romanos (De Coulanges, 2015) disponía que si un matrimonio resultaba estéril por causa del marido, entonces un hermano un pariente de éste último debía sustituirlo y la mujer tenía que entregarse a ese hombre. El hijo que nacía de esa unión se consideraba como del marido. En este sentido, De Coulanges (2015) señala el caso específico del pueblo de los Kgatla en el sur de África, donde a una pareja que no podía tener hijos, le era permitido encargar su próximo hijo a una mujer fértil.

Un antecedente más contemporáneo es el que expone Lamm (2013) y que nos remite al primer acuerdo de gestación por sustitución documentado que se llevó a cabo en el año de 1976. Dicho acuerdo fue patrocinado por el abogado Noel Keane, quien creó en Michigan la Surrogate Family Service Inc. En los primeros casos de gestación por sustitución la gestante aportaba sus gametos debido a que se hacía uso de la inseminación artificial. A partir de la aparición de la fertilización *in vitro* en el año de 1978, el panorama cambió de tal forma que el primer caso de gestación por sustitución “gestacional” (es este procedimiento, la gestante no aporta sus óvulos) reportada en el mundo, ocurrió en 1984, cuando los óvulos de una mujer sin útero fueron transferidos al útero de una mujer que dio a luz a un niño con el que no tenía ninguna relación genética.

Ahora bien, en opinión de Lamm (2013), la visibilidad pública de la gestación por sustitución se alcanzó a mediados de 1980, cuando tuvo lugar el primer caso a nivel mundial que atendió la problemática de la gestación por sustitución: el caso Baby M.

En palabras de Lamm (2013), en el caso de Baby M, el Señor Stern, bioquímico ante la imposibilidad de que su esposa Elizabeth, pediatra, procreara un hijo convino con el señor y la señora Whitehead un contrato de gestación por sustitución. A la gestante se le pagarían 10,000 dólares más gastos médicos. De conformidad con el contrato, la señora Whitehead sería inseminada artificialmente

con el semen del señor Stern, procrearía el niño y lo entregaría a los señores Stern. Además, renunciaría a todos los derechos filiatorios sobre el niño. También se convino que el apellido Stern aparecería en el certificado de nacimiento. La niña nació el 27 de marzo de 1986; los esposos Stern permitieron a la señora Whitehead permanecer con la niña unos días adicionales, decidiendo ella luego que no la entregaría a los Stern. Además, se negó a renunciar a la relación materno-filial para que la señora Stern pudiese adoptar a la niña como había sido pactado en el contrato de gestación por sustitución. Los Stern acudieron a los tribunales y el caso fue finalmente resuelto por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey, que determinó que aunque el contrato de gestación por sustitución era ineficaz e ilícito, éste no era el factor determinante de la disputa. El factor determinante era el bienestar y el interés superior de la niña. Luego de escuchar a varios peritos y testigos y tomar en consideración distintos elementos de la vida familiar de ambas parejas, incluyendo su capacidad para proveer de un ambiente estable a la niña, el Tribunal le concedió la custodia permanente a William y Elizabeth Stern, permitiéndolo luego a la señora Whitehead un derecho de visita.

Es así que en la actualidad se siguen llevando a cabo estas prácticas y cada que dan como opción a matrimonios que no han podido concebir un hijo la posibilidad de hacerlo mediante las prácticas de reproducción asistida, sin embargo, “el comercio” ofrece éstas técnicas no solo dentro de territorio nacional (estados que no lo prohíben) sino a nivel internacional donde se cuestiona si realmente los contratantes reconocen los derechos y obligaciones jurídicas que se derivan al ser partes del contrato de subrogación de vientre.

III. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

3.1. La Subrogación de Ventre como Técnica de Reproducción Asistida (TRA)

Las TRA o técnicas de fecundación asistida son técnicas médicas a las que recurren las personas que buscan procrear un hijo que no se ha logrado concebir naturalmente por causas generalmente de infertilidad o esterilidad.

3.1.1 Inseminación artificial

Esta técnica se lleva a cabo mediante un proceso que consiste en depositar semen en el fondo de la vagina de una mujer que está en su periodo fértil (García-Fernández, 2006). Dicha técnica puede ser homóloga, es decir, con el semen de la pareja; o puede ser heteróloga, es decir, con el semen de un donante.

3.1.2 Fecundación *in vitro*

Refiere García-Fernández (2006) que la fecundación *in vitro* o fertilización *in vitro* y transferencia de embrión (FIVET por sus siglas en inglés), consiste en la fecundación externa de los gametos masculino y femenino, en un medio de cultivo para posteriormente hacer la transferencia del embrión al útero de la mujer. Esta técnica puede ser homóloga o heterológica.

Para Zannoni (2006), la fecundación *in vitro* homóloga es aquella en la que intervienen los componentes genéticos del marido y de la mujer, mientras que la fecundación *in vitro* heterológica consiste en fecundar *in vitro* el óvulo de la madre biológica o un óvulo donado y el semen de un tercero o donador o del padre biológico.

Tratándose de la subrogación de vientre, ésta se realiza generalmente a través de un proceso de fecundación *in vitro*, ya sea convencional o por ISCI. La ISCI (Inyección Intra citoplásmica de Espermatozoides), es una técnica que consiste en inyectar un solo espermatozoide en cada óvulo. Una vez inyectados los espermatozoides en los óvulos, éstos son incubados de 16 a 18 horas;

posteriormente, son examinados para detectar posibles daños y para ver si hay evidencia de que se ha verificado la fecundación. Los embriones resultantes de la fecundación *in vitro* entonces pueden ser transferidos al útero de la mujer utilizando las técnicas de transferencia intratubárica de cigotos (ZIFT) de acuerdo con Fernández (2006) la ZIFT es una técnica donde los cigotos se transfieren a las trompas de falopio en lugar de al útero, con lo cual se obtiene un mayor porcentaje de éxitos en comparación con la fecundación *in vitro* intrauterino, o pueden ser congelados para transferirse más tarde.

3.1.3 Donación de semen y óvulos

La donación de semen o esperma es un acto altruista mediante el cual un hombre joven y sano decide donar sus espermatozoides para que puedan ser utilizados en tratamientos de reproducción asistida (Mestre-Ferrer, 2015a). Dicho proceso es utilizado en la reproducción asistida porque permite tener descendencia a distintos tipos de pacientes, entre los cuales menciona: parejas con infertilidad masculina severa o riesgo de transmisión de enfermedades por parte del varón, mujeres que deciden ser madres solteras o parejas de lesbianas (Mestre-Ferrer, 2015a).

En este supuesto surgen algunas interrogantes que se relacionan con el ámbito jurídico a saber: ¿Existen derechos del padre donante sobre el futuro hijo? si fuera así ¿A qué mecanismos podría recurrir el padre para hacerlos exigibles? ¿Debe existir el anonimato por parte del donador? ¿Qué sucede con el derecho a conocer los orígenes biológicos propios?

Al respecto Lema-Añón (1999) señala que el anonimato del donante, es la prohibición legal de que se revele su identidad. Con el anonimato lo que se defiende en general es el derecho de los hijos y sólo de éstos a conocer la identidad del padre biológico. No se pretende, que el donante pueda conocer a quien benefició la donación, o a los nacidos como consecuencia de la misma; como tampoco se pretende que los padres pudiesen conocer la identidad del donante.

De este modo y en palabras de Lema-Añón (1999),

“las consecuencias para la determinación legal o la impugnación de la paternidad no se siguen automáticamente del hecho de que se conozca la identidad del padre biológico, debido a que no existe la necesidad ineludible de que del conocimiento de esas identidad derive legitimación para ninguna reclamación por parte de la madre o de los hijos.” (Lema-Añón, 1999).

Sin embargo, el anonimato del donador se ve cuestionado ante el derecho de los hijos a conocer su origen biológico. El Código Civil del estado de Querétaro (CCEQ, 2018) establece que una vez alcanzada la mayoría de edad por la persona que haya sido producto de una inseminación artificial o procreación asistida y posteriormente adoptada, tendrá el derecho imprescriptible de conocer la identidad de sus padres biológicos. Pantaleón (1999) al respecto señala que este derecho consistiría en garantizar legalmente que una vez alcanzado un determinado grado de madurez considerada suficiente, el nacido como consecuencia de éstas prácticas, si así lo desease pudiese conocer la identidad de su padre biológico.

Por otra parte, la donación de óvulos es un proceso mediante el cual una mujer sana y joven dona una pequeña proporción de sus óvulos a otras mujeres o parejas que tienen inconvenientes para tener hijos con sus propios óvulos.

De acuerdo con Lema-Añón (1999) existen tres posibles casos de donación de óvulos; el primero se realiza a través de la fecundación *in vitro* de los óvulos obtenidos con esperma de la pareja de la mujer receptora, a la cual se le transferirán posteriormente los embriones. El segundo caso, es la inseminación artificial de la donante con el esperma de la pareja de la mujer receptora, seguido unas horas más tarde de un lavado uterino para recuperar el embrión que se transferirá después a la mujer receptora. El tercer caso sería la inseminación del donante, la cual también llevaría a cabo el embarazo, este es el caso de la subrogación de vientre.

Mestre-Ferrer (2015b) señala otros supuestos bajo los cuales las mujeres pudieran realizar dicho procedimiento tal como lo son mujeres de edad avanzada cuya reserva ovárica empieza a verse comprometida, mujeres con alteraciones o enfermedades genéticas que temen transmitirla a sus hijos, mujeres con menopausia precoz o fallo ovárico prematuro, ya sea natural o adquirido o mujeres que no logran el embarazo tras someterse a varios tratamientos de reproducción asistida con sus propios óvulos; son candidatas a someterse a una donación de óvulos.

En el ámbito normativo, la legislación española en su Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Mestre-Ferrer, 2015c) contempla al respecto la donación de óvulos, la cual se realizará en las clínicas debidamente establecidas y donde deberá de primar el carácter de altruista, anónimo voluntario y formal. Así mismo, otros aspectos que contempla esta legislación son que la donante no conocerá a los receptores ni viceversa, además la donante no podrá recibir dinero por los óvulos; por último, ésta deberá firmar un consentimiento informado por el que accede a donar sus óvulos de forma voluntaria, libre y sin coacción alguna.

3.1.4 Esterilidad e Infertilidad, un argumento legitimador de las tecnologías reproductivas

La incapacidad para procrear puede ser debida a infertilidad o a algún tipo de esterilidad. La infertilidad, de acuerdo con Junqueira De Estéfani y De la Torre-Díaz (2013) es una incapacidad para la concepción que puede no ser definitiva. Se define como la incapacidad de una pareja para concebir después de uno o dos años de relaciones sexuales regulares sin emplear métodos anticonceptivos.

Por su parte Mestre-Ferrer (2015d) advierte que la esterilidad femenina es la incapacidad de concebir debido a problemas relacionados con los óvulos que impiden la fecundación y, por tanto, el embarazo.

Lema-Añón (1999) habla también de una distinción entre esterilidad primaria y secundaria. La esterilidad primaria es la que corresponde a una pareja que nunca

logró una concepción, mientras que en la secundaria habría existido al menos una, pero hay una imposibilidad actual. De este modo, las personas que sufren alguno de estos padecimientos se ven obligadas cada vez con mayor frecuencia a recurrir a algunas de las técnicas de reproducción asistida con la finalidad de lograr su primordial objetivo: concebir un hijo. La apelación a la infertilidad humana es frecuente en las interpretaciones de las nuevas tecnologías reproductivas, realizadas por parte de médicos y científicos, de esta forma para los casos de infertilidad se conforman expedientes de legitimación habituales de las nuevas tecnologías reproductivas (Lema-Añón, 1999). Así, éstas son presentadas como remedio a la infertilidad, estableciendo un vínculo entre ellas y el remedio de lo que se presenta como un gran mal.

Con relación a la esterilidad se ha debatido si es o no una enfermedad. Según Lema-Añón (1999) determinar la esterilidad como enfermedad, permitiría también determinar si en los tratamientos de reproducción asistida se refiere a una intervención terapéutica o no. De igual forma, para algunas personas la esterilidad no se constituye como una enfermedad, por lo tanto, no habría justificación alguna de los tratamientos médicos para combatirla; por otro lado, hay quienes argumentan que si se trata de una enfermedad lo que explicaría el esfuerzo por parte del estado de incluir los tratamientos médicos en el sistema de salud. Así pues como lo señala Lema-Añón (1999) estos argumentos son utilizados para dilucidar si existe un derecho a la reproducción y cuál es su alcance, y para fundamentar, en general, las políticas públicas con relación a la reproducción asistida.

3.1.5 Parejas del mismo sexo e imposibilidad de gestación

Como se ha puntualizado, son diversas las circunstancias bajo las cuales las parejas pueden optar por una técnica de reproducción asistida, esto por cuanto ve a aquellas que son legalmente permitidas; ya que, en la mayoría de los estados de México, así como en diversos países como lo son Alemania, Austria, Bulgaria

Italia, España y Suiza por mencionar algunos, la subrogación de vientre es ilegal y por consecuencia se encuentra prohibida esta práctica en su sistema normativo.

De las dos entidades en nuestro país que contemplan el acceso a la maternidad subrogada, una de ellas Tabasco, caracterizada por incorporar a su legislación la regulación de esta práctica en el año de 1997 y con su posterior reforma del 13 de enero del 2016, se contempla específicamente quienes son las personas que pueden acceder a ella.

La SEGOB de Tabasco (2016) en el Decreto 265 del Periódico Oficial de Villahermosa Tabasco, menciona en el artículo 380 Bis contenido en esta reforma, entre otros aspectos que el contrato de gestación lo firmarán la madre y el padre contratantes con la gestante y, si fuera el caso, su cónyuge o concubino, así como un intérprete de ser necesario. De dicho precepto legal se resalta que resulta totalmente discriminatorio al dejar fuera del acceso a esta práctica a personas solteras y personas del mismo sexo, condicionándolo a parejas heterosexuales, matrimonios y/o concubinos; lo cual se traduce en una discriminación por razón de sexo y estado civil.

En el caso de México, dicha limitación es violatoria del artículo 1° constitucional, de la jurisprudencia emitida por la SCJN el 27 de enero de 2017 relativa a la vida familiar entre personas del mismo sexo, así como de los tratados internacionales de los que México es parte (Tesis 2013531, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, enero de 2017, p. 127.)

3.2 ¿Maternidad subrogada, gestación por sustitución o alquiler de vientre?

3.2.1 Definición del fenómeno

La gestación por sustitución -término correcto de acuerdo con Lamm (2013)- y que se define como

“Una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente”. (Lamm, 2013).

Se conoce con varias acepciones, dentro de las cuales las más comunes son: maternidad subrogada, arrendamiento de vientre, subrogación uterina, alquiler de vientre entre otras. Al respecto, se considera conveniente hacer algunas aclaraciones.

La expresión subrogación, no es jurídicamente la correcta, por no englobar todos los posibles casos en que se puede realizar dicha práctica. Según el diccionario de la Real Academia Española (2014), *subrogar* es “sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra”, por lo que hoy se identifica con aquellos supuestos en los que la gestante aporta ambas cosas: proceso de gestación y material genético. Sin embargo, esto no acontece en la mayoría de los casos; consecuentemente, en palabras de (Lamm, 2013b) se ha comenzado a utilizar el término *sustitución* para especificar que se gesta para otro y por otro que no puede hacerlo.

Relacionado con lo anterior, la gestante no es la madre, por lo que la palabra “maternidad” no es la adecuada. Al respecto, advierte (Lamm, 2013) que la maternidad engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Madre significa mucho más que matriz y parto. Es además conveniente precisar tal y como lo hace Urquiza y col., (2014) que se trata de un acto voluntario por parte de quienes participan en el proceso de aquel que naciera. De tal forma que al hablar de maternidad subrogada se hace referencia a un acto de manera voluntaria que se produce como consecuencia de la posibilidad de practicar una inseminación

artificial o una fecundación *in vitro* (Carcaba, 2015) caracterizada por el empleo de otro vientre y no el de la que se desea la reproducción debido a la práctica de una histerectomía, a la carencia congénita de ovarios o de útero (Síndrome Rokitanski), a anomalías en la matriz e incluso la presencia de una enfermedad grave que desaconseje el embarazo, tratándose de personas solteras y parejas homosexuales (Martínez-Martínez, 2015) o para evitar transmitir una enfermedad al bebe como en enfermedades infecto contagiosas como lo es el caso de transmisión de VIH / SIDA (Síndrome de Inmunodeficiencia adquirida).

3.2.2 Modalidades

Corti (2013) plantea una primera clasificación. De acuerdo a la aportación de donadores o gametos:

- Subrogación tradicional: la madre sustituta es inseminada con el esperma del hombre de la pareja contratante, aportando sus propios óvulos. En este caso, la madre sustituta y el niño están relacionados genéticamente e implica que ésta renuncie a sus derechos de maternidad y admita la adopción por parte de la madre contratante.
- Subrogación gestacional: la madre sustituta es contratada exclusivamente para completar el desarrollo del embrión fecundado *in vitro* con gametos provenientes de la pareja contratante o de donantes, el cuál le será transferido para que se lleve a término la gestación.

De acuerdo al fin de la madre gastadora (Hernández-Ramírez y Santiago-Figueroa, 2011):

- Subrogación altruista: Cuando la madre gastadora acepta llevar a cabo el procedimiento de maternidad subrogada de manera gratuita, por lazos de amor, amistad o parentesco con la pareja contratante.

- Subrogación por un precio: que la pareja contratante otorgue a la madre gestadora una contraprestación por llevar a buen término el embarazo.

3.3 La Subrogación de Vientre en México

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 4º reconoce el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Por su parte la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH, 2018) reconoce los derechos sexuales y reproductivos al establecer que toda persona tiene derecho a que sea respetada su identidad de género y a ejercer su sexualidad con plena libertad, seguridad y responsabilidad. Además, las personas tienen el derecho a decidir de manera libre e informada el número de hijos que desee tener y el espaciamiento de los mismos.

3.3.1 Los derechos reproductivos como parte de los derechos humanos

Como ya anteriormente se hizo mención el artículo citado de la Constitución contempla la libertad que tienen los gobernados para decidir acerca el número de hijos que se desee tener; sin embargo Arámbula (2013) considera que el respeto y la protección del derecho a organizar y desarrollar una familia se limita a una libertad para cuya efectividad es suficiente una conducta de abstención o de no intervención en las elecciones individuales, y no a una pretensión de tipo positivo donde el Estado tenga que proveer, de algún modo, los procedimientos necesarios para para lograr la reproducción de sus ciudadanos.

Es así y de acuerdo a lo anterior, que el Estado con la finalidad de involucrar a las personas que sufren de infertilidad o esterilidad proporciona a los gobernados la oportunidad de acudir a las técnicas de reproducción asistida (TRA) siendo que no es su obligación jurídica la de involucrarlas en las políticas de salud.

Dentro de la legislación mexicana se puede decir que la procreación no es un derecho en sí mismo (TAD, 2013) en todo caso el derecho es el ejercicio responsable de la función procreativa. Además, la existencia de tal tipo de derecho presupone un conflicto sobre el derecho del hijo a ser considerado como valor en sí mismo y no como objeto de los derechos de sus padres. Ahora bien, desde el derecho comparado, podemos observar que erróneamente se han considerado a las técnicas de reproducción asistida como un tratamiento curativo en los casos de infertilidad o esterilidad, siendo que éstas desde la perspectiva de Amador (2011) no son tales. No obstante, como lo afirma Campegnoli (2013) las TRA sustituyen o facilitan la fecundación, pero no son técnicas curativas o correctivas de las patologías que causan la esterilidad y la infertilidad.

De tal manera que las personas que acceden a dichas técnicas permanecen con el mismo problema orgánico después de su utilización. Su función es la de posibilitar la concepción a través de diferentes técnicas, pero no son métodos terapéuticos porque no curan la infertilidad. Por esta razón, no hay motivo jurídico que comprometa al Estado a proveer en sus centros de salud las TRA. (TAD, 2013).

3.3.2 Madre es la que da a luz “*mater semper certa est*”

Mater semper certa est es un principio también llamado teoría de la preferencia gestante (Lamm, 2013), cuyo argumento es que madre es aquella mujer que ha gestado y ha parido, siguiendo la regla del derecho romano. En el Derecho mexicano se ha adoptado dicho principio para determinar la maternidad o paternidad; es decir, establecer la relación de filiación. De tal suerte que el artículo 360 del (CCF, 2018) establece la filiación respecto a la madre por el solo hecho del nacimiento. En este orden de ideas, si se da el caso de que la madre sustituta sienta al niño como suyo y se niegue a entregarlo, el ordenamiento mexicano la favorecería en virtud de lo expuesto anteriormente. Sin embargo, y a pesar de los planteamientos anteriores, aclaran Urquiza y col., (2014) que la afirmación de que

“madre es la que da a luz, aunque hubiese empleado un ovocito de otra mujer para facilitar la fecundación deseada”, no puede ser concluyente desde la óptica de los principios constitucionales a la hora de definir la situación filial del nacido, por la máxima del interés superior del niño.

3.3.3 Tabasco

En el Estado de Tabasco se contempla la figura de la maternidad subrogada dentro de su código Civil (CCET, 2018), distinguiendo entre la madre gestante sustituta; la madre subrogada y la madre contratante. La primera, es aquella mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee el material genético y el gestante para la reproducción. La madre contratante es la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso. Respecto al marido dicho ordenamiento le otorga la posibilidad de invocar como causal de divorcio necesario el empleo, por parte de la mujer, de los métodos de reproducción artificial, sin el consentimiento del marido (CCET, 2018). De igual forma, el mismo ordenamiento (CCET, 2018), en su artículo 327 señala que el marido no podrá desconocer a los hijos nacidos como resultado del empleo de alguno de los métodos de reproducción artificial, si consta de manera fehaciente su consentimiento.

El artículo 360 (CCET, 2018), señala que salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo.

3.3.4 Sinaloa

Al igual que en nuestra constitución, el ordenamiento jurídico familiar de esta entidad (CFES, 2018), contempla el derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos; además de que en esta decisión se incluyen la manera de emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia para lo cual se establece que este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

Por lo que respecta a la filiación, el código en mención señala en su Artículo 240º (CFES, 2018), que la filiación consanguínea es el vínculo de parentesco que surge de la relación genética entre dos personas, por el sólo hecho de la procreación, incluyendo la reproducción asistida consentida, con material genético de ambos padres, lo cual contempla como filiación directa independientemente a las TRA recurridas donde se haya utilizado material genético de padre y madre.

El capítulo V de dicha normativa, es un apartado dedicado exclusivamente a la Reproducción humana asistida y la gestación subrogada, en donde se define conceptos importantes y la forma en cómo se llevará a cabo dicho proceso.

Al respecto, el Artículo 282º (CFES, 2018), contempla el concepto de la reproducción humana asistida como las prácticas clínicas y biológicas, para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante el conjunto de técnicas científicamente acreditadas y autorizadas por la Secretaría de Salud, y realizadas con la intervención del personal de la salud, constituidas por métodos de fertilización de células germinales, gametos, de uno o ambos sexos; además de la reproducción de cigotos, y embriones, que permita la procreación fuera del proceso natural, de la pareja infértil o estéril.

Las técnicas bajo las cuales los cónyuges o concubinos podrán llevar a cabo estos procesos serán la inseminación o fecundación homóloga y heteróloga. En este sentido, señala la ley (CFES, 2018), se entiende por fecundación homóloga aquella en la que los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos; y

por fecundación heteróloga, aquella en que por lo menos uno de los gametos es donado por un tercero.

Hablando específicamente de la maternidad subrogada el ordenamiento en su Artículo 283º (CFES, 2018), se refiere a la misma como la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.

Dentro de los requisitos principales que señala esta ley para poder ser una madre gestante subrogada se establecen que sólo las mujeres entre veinticinco y treinta y cinco años de edad que tienen, al menos, un hijo consanguíneo sano, una buena salud psicosomática y que han dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre (CFES, 2018).

Las modalidades de este procedimiento son cuatro, y se encuentran señaladas en su Artículo 284º (CFES, 2018) a saber:

- Subrogación total, implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto, entregue el hijo a la pareja o persona contratante;
- Subrogación parcial, es la que se da, cuando la mujer gestante es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja o persona contratante;
 - Subrogación onerosa,
 - Subrogación altruista.

Respecto a la forma en que deberá realizarse dicho contrato, la regulación jurídica al respecto establece lo siguiente: la voluntad que manifiesten las partes para la

realización del instrumento de la maternidad subrogada debe ser indubitable y expresa. Los derechos y obligaciones que de ella emanan son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma (CFES, 2018).

El Artículo 287º (CFES, 2018), señala que el instrumento de maternidad subrogada lo firmarán la madre y padre subrogados, la madre subrogada gestante, el intérprete si fuera necesario uno, el Notario Público, el director de la clínica o centro hospitalario, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado.

Los requisitos que deberán ser cubiertos por las partes previo a suscribir el contrato son: I. Ser Ciudadano Mexicano; II. Poseer capacidad de goce y ejercicio; III. La madre subrogada acredite mediante certificado médico, expedido por el médico tratante, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero; IV. La mujer gestante otorgue su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo la implantación de la mórula, y acepte su obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional y a concluir su relación subrogada, respecto a la persona menor y los padres subrogados con el nacimiento; y, V. La mujer gestante cumpla con los requisitos que establece este Código (CFES, 2018).

Respecto a los deberes que corren a cargo del personal de salud, el Artículo 291º (CFES, 2018), establece que el médico tratante realizará los exámenes médicos previos a la implantación y que sean necesarios de la salud física y mental de la mujer gestante, para corroborar que no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional. Así mismo, la Secretaria de Salud establecerá los estudios que deban hacerse la mujer gestante, el padre y la madre subrogatorios que garanticen la salud de los implicados (CFES, 2018).

De igual forma, ante esta misma institución pública, deberán notificarse los efectos del contrato y de la misma manera al oficial del registro civil, para que el estado de la persona menor nacida mediante esta práctica, sea contemplado en su filiación

como hijo desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir, madre y padre o madre subrogados (CFES, 2018).

En relación al certificado de nacimiento, éste será expedido por el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento del menor de edad y que llenará el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud y que contendrá en este caso, la constancia de que la maternidad fue asistida a través de una técnica de apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada maternidad subrogada. Las alusiones o referencias que hace la normatividad vigente en el Estado, relativas a la madre o a la identidad de la madre, se entenderán referidas a la madre subrogada gestante del nacido, de acuerdo a lo establece en el Artículo 294º (CFES, 2018) del Código Familiar en mención.

En cuanto a las acciones jurídicas a las cuales las partes pueden recurrir la ley en comento (CFES, 2018) señala que cuando haya existido error o dolo, respecto a la identidad de los padres subrogados por parte de la mujer gestante, en cuyo caso están a salvo sus derechos para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados e interponer denuncias penales, en su caso.

En el caso de la mujer gestante, ésta puede demandar civilmente a la madre y al padre subrogados, el pago de gastos médicos, en caso de patologías que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal (CFES, 2018).

Por último, el Artículo 297º (CFES, 2018), establece que se harán acreedores a las responsabilidades civiles y penales aquellos médicos tratantes que realicen la implantación o fecundación de embriones humanos sin el consentimiento y plena aceptación de las partes que intervienen, de acuerdo a las disposiciones de este Código y los Códigos Civil y Penal vigentes.

3.3.5 Ciudad de México

En dicha entidad, se aprobó el 30 de noviembre de 2010 la Ley de Gestación Subrogada del Distrito Federal. Sin embargo, esta normativa no fue publicada por lo que no se encuentra en vigor.

3.3.6 Querétaro

El código Civil del Estado (CCEQ, 2018), hace referencia a las técnicas de reproducción asistida al establecer que los hijos nacidos como producto de las técnicas de reproducción asistida se presumen hijos de los cónyuges, siempre y cuando no haya sido revocado el consentimiento para ello. Existe la presunción de revocación del consentimiento por la simple disolución del vínculo matrimonial, salvo que ambas partes reconozcan como hijo de matrimonio al producto derivado de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

Así mismo, el Artículo 399º (CCEQ, 2018), contempla la adopción de embriones como la posibilidad de que un embrión, fruto del óvulo de una mujer y del espermatozoide de un hombre, es transferido al útero de otra mujer para completar el ciclo necesario de su gestación y posterior nacimiento, con el fin de ser considerado hijo de ella, de ella y de su cónyuge o de ella y de su concubino.

Por último cabe señalar que las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión.

3.3.7 Coahuila

El estado de Coahuila es una de la mayoría de las entidades de la República que desconoce explícitamente cualquier acuerdo de gestación subrogada.

El Artículo 491º del Código Civil de Coahuila (CCEC, 2018) es preciso al señalar que el contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno y en el caso de que un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se atribuirá a ésta y no a quien lo aportó.

3.3.8 San Lui Potosí

El código familiar de esta entidad, contiene en su capítulo V una regulación especial sobre las técnicas de reproducción asistida y donde se establece lo que se debe entender por éstas.

Así mismo, dicho ordenamiento señala expresamente que la transferencia intratubaria de cigoto o transferencia tubárica de embriones, la fertilización in vitro y la fertilización ICSI son las únicas técnicas de reproducción asistida que podrán practicarse (CFSLP, 2018).

En relación a la maternidad subrogada el Artículo 243º (CCEQ, 2018), declara que es inexistente la maternidad substituta y por lo mismo no producirá efecto legal alguno.

3.3.9 Sonora

El Código Familiar del Estado de Sonora reconoce en su Artículo 203º (CFESO, 2018) que el parentesco puede ser consanguíneo, por afinidad y voluntario. Respecto del parentesco voluntario la ley establece entre otros supuestos que es

aquel que surge del nacimiento obtenido mediante técnicas de reproducción asistida con gametos ajenos, autorizadas por los cónyuges o concubinos.

En cuanto ve al tema de la filiación, el Artículo 207º (CFESO, 2018) establece que cuando el embarazo se obtenga por técnicas de reproducción asistida con material genético de personas distintas de uno o ambos cónyuges o concubinos, los que usen voluntariamente gametos de terceros serán considerados como padres biológicos del niño que nazca por estos métodos, siempre que hayan otorgado expresamente su autorización; además, el hijo podrá solicitar, al llegar a su mayor edad, informes sobre el padre biológico en los mismos casos que en la adopción plena, sin reclamar ningún derecho filiatorio.

La formalidad que exige dicho ordenamiento para estas técnicas la establece el Artículo 208º (CFESO, 2018) en su párrafo segundo al establecer que la autorización para la reproducción asistida, admitiendo la paternidad o maternidad del producto, puede hacerse ante el director de la Clínica o Centro Hospitalario, ante notario público o por acuerdo privado suscrito ante testigos.

En otras entidades como lo es el caso de Colima (CCEC, 2018) y Morelos (CCEM, 2018), coinciden en establecer en sus ordenamientos respectivos como causas de divorcio la inseminación artificial o las técnicas de reproducción asistida en la mujer, sin el consentimiento de algunos de los cónyuges. En el caso del estado de Colima, el artículo 410-B inciso, fracción V (CCEC, 2018a) faculta la adopción plena del producto de un embarazo logrado como consecuencia del empleo de inseminación artificial o fertilización *in vitro* con la participación de una madre sustituta que haya convenido con los presuntos padres darlo en adopción.

El Código Civil del estado de Baja California Sur también contempla como causa de divorcio necesario cuando se realiza la inseminación artificial heteróloga de la mujer o la implantación en ella de un óvulo fecundado por personas ajenas al matrimonio, sin el consentimiento del marido (CCEBCS, 2018).

Por último, los Códigos familiares de los Estados de Michoacán y Zacatecas, contemplan el derecho de los cónyuges a decidir de manera libre, responsable e

informada sobre el número y esparcimiento de sus hijos, así como a utilizar cualquier método de procreación asistida para lograr su propia descendencia.

Así mismo, el Código Familiar del Estado de Zacatecas (CFEZ, 2018), y el Código Familiar del Estado de Michoacán (CFEM, 2018) el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hubieren procurado y consentido el nacimiento existirá parentesco por consanguinidad.

3.4 Propuestas de Ley Sobre Subrogación de Vientre

3.4.1 Minuta en materia de Reproducción Humana Asistida (RHA), dictaminada por las Comisiones Unidas de Salud, Derechos Humanos y Estudios Legislativos del Senado y aprobada por el pleno de la misma cámara el 28 de abril de 2016

Este dictamen señala que es necesario regular estos procedimientos debido a la problemática que se vive actualmente, que se deriva de una omisión en la norma, al respecto de procedimientos como las técnicas de reproducción asistida, lo que origina diversos supuestos que perjudican la salud de las personas involucradas, e incluso que atentan contra la dignidad humana (Senado de la República, 2016).

Dicho dictamen también engloba conductas que resultan ser punibles. Se propone de seis a 17 años de prisión a quien obtenga el consentimiento de una mujer mediante el pago de una contraprestación, el uso de cualquier tipo de violencia o aprovechándose de una situación de pobreza o ignorancia para que transfiera uno o más embriones a su útero y después del nacimiento renuncie a los derechos y deberes que derivan de su maternidad, para entregar al o los menores a los contratantes o terceras personas.

La misma pena se plantea para quien, mediante la gestación por sustitución, transfiera uno o más embriones al útero de una mujer que se haya sometido a dos embarazos por la misma técnica y al que realice un procedimiento de gestación

subrogada para entregar al o los hijos resultantes a una persona de nacionalidad distinta a la mexicana, así como a los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten o realicen procedimientos de la gestión por sustitución con fines de lucro (Senado de la República, 2016).

3.4.2 Iniciativa que reforma y adiciona la Ley General de Salud del 23 de febrero de 2017

Esta iniciativa presentada por la diputada Maricela Contreras Julián, es una iniciativa que propone una modificación a la Ley General de Salud en cuanto el tema de la maternidad subrogada.

Ésta, busca que se brinde certeza jurídica al derecho consagrado en nuestra Constitución para acceder a los derechos reproductivos, entendidos estos como parte de los derechos humanos. Asimismo, es importante hacer notar que el texto de la reforma propuesta se refiere a personas, sin determinar si se trata de hombres o mujeres, en atención básicamente al principio constitucional de igualdad, por lo que no se condiciona el sexo a ninguna de las personas solicitantes que intervienen en la gestación subrogada.

Se resalta por otra parte la intervención en todo el proceso de gestación subrogada de La Secretaría de Salud la cual intervendrá desde la autorización para establecer las instituciones de salud públicas o privadas donde se pueda realizar la transferencia de embriones humanos, hasta la verificación del certificado de nacimiento de gestación subrogada.

Por último, llama la atención como dicha iniciativa en varios apartados señala con precisión que dicha práctica se realizará sin fines de lucro entre las personas solicitantes y la persona gestante. En relación a lo anterior, el Artículo 66 Bis (SILSEGOB, 2018) menciona que la persona gestante preferentemente deberá tener algún parentesco por consanguinidad, afinidad o civil con alguna de las personas solicitantes.

3.4.3 Iniciativa que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley General de salud, en materia de reproducción asistida del 20 de febrero de 2018

El objetivo de estas reformas no es el de impedir que una noble causa médica y científica coadyuve con las personas para contratar la gestación de un hijo en un vientre ajeno a sus progenitores, sino que se impida la eventual mercantilización de los recién nacidos y, sobre todo, se respeten el interés superior del niño y la dignidad humana de las madres gestantes.

Se señala por ello en su Artículo 71º Bis 8, que dicha práctica se realizará sin fines de lucro y además sólo podrán aplicarse cuando los solicitantes, encuentren impedimento médico o biológico para procrear (SILSEGOB, 2018).

La iniciativa también es precisa y brinda mayor certeza a las partes que participan en dicha práctica al establecer lo que debe entenderse por Reproducción Asistida, Técnicas de Reproducción Asistida, Fecundación Homóloga y Fecundación Heteróloga.

Dentro de los requisitos que de cumplir la madre gestante se encuentran que la mujer gestante tenga entre 25 y hasta 35 años de edad, que hayan dado su consentimiento, que tengan una buena salud bio-sicosomática. Además, deberá acreditar mediante dictamen médico expedido por institución oficial de salud, que no estuvo embarazada durante los trescientos sesenta y cinco días previos a la implantación de la mórula y que no ha participado en más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento; lo que no impediría que pueda donar el óvulo para la fecundación in vitro o portar al producto, fecundado en su vientre mediando conocimiento del cónyuge o concubino.

El dictamen contiene elementos positivos, como el establecimiento de un Registro Nacional de Reproducción Asistida dependiente de la Secretaría de Salud federal, que podría ayudar a remediar la ausencia de información estadística en el tema y permitiría realizar diagnósticos más certeros sobre la práctica en México. Establece también el acceso a las TRA para todas las personas mayores de 18

años, sin restricciones de estado civil o nacionalidad, lo cual contrasta de manera importante con la tendencia discriminatoria de algunas legislaciones locales, así como de iniciativas federales previas. Al mismo tiempo, el dictamen contiene un par de elementos a considerar para evitar que, de aprobarse, resulte contraria a derechos humanos.

Dirección General de Bibliotecas UAQ

3.5 Problemática Jurídica: ¿Cuáles son los intereses que el derecho habrá de proteger?

La evidente evolución científica y tecnológica en cuanto a las técnicas de reproducción asistida ha permitido entre otras cosas, la posibilidad de que cada vez con mayor frecuencia personas que se encuentran imposibilitadas para procrear un hijo, puedan hacerlo. Dicha circunstancia favorece el conocimiento del impacto nacional e internacional de dichas prácticas ya que derivado de estos procedimientos se originan intercambios culturales, identificación de normatividad aplicable correspondiente a las nacionalidades de las personas que intervienen o bien, donde se llevan a cabo dichas técnicas, cuestiones de legalidad referentes a las técnicas permitidas en ese espacio territorial, entre otras.

En el ámbito del derecho, el avance de la ciencia ha originado que se visualicen nuevos paradigmas de familia cuyas estructuras difieren del “modelo” que contempla nuestro marco jurídico. Las familias monoparentales y homoparentales entre muchas otras son un ejemplo de ello; circunstancia que exige al legislador el contemplar esta realidad social para no dejar fuera de la operatividad de la norma a quienes conforman estos grupos cuyo fin último corresponde el de formar una familia. Por otro lado, ¿Quién debe reputarse como madre o padre de un niño? ¿Qué alcance jurídico tiene la donación de gametos? ¿Pueden los donantes invocar derechos filiatorios sobre el hijo concebido mediante donación de gametos? ¿Pueden los hijos en un futuro reclamar derechos a los donantes tales como alimentos o el derecho a heredar? son algunos de los cuestionamientos jurídicos que surgen en torno a la subrogación de vientre; así como el derecho que tienen los donantes a permanecer al anonimato y el derecho de los menores a conocer su origen biológico.

3.5.1 Los padres contratantes

Actualmente la mayoría de las legislaciones que contemplan al vientre subrogado como una opción dentro de las técnicas de reproducción asistida, se refieren únicamente a parejas heterosexuales que estén unidas bajo el vínculo del matrimonio o el concubinato, como aquellas personas que podrán recurrir a éstas. Dicho precepto legal deja fuera a las parejas denominadas “de hecho” en donde si bien, no están unidas por el vínculo de matrimonio o pertenecen a distinto género, es su deseo someterse a este procedimiento. Es importante también mencionar que los derechos de los padres contratantes deben estar legitimados en el contrato que previamente debe existir, esto con el fin de prever conflictos jurídicos futuros. En este sentido, la negativa de entregar al niño por parte de la madre gestante, la omisión de cuidados durante el periodo de gestación, la ausencia o desaparición de la madre gestante son aspectos que la legislación debe contener con el objetivo de brindar mayor certeza jurídica a los padres contratantes.

3.5.2 La madre gestante

Si bien, la modalidad de la subrogación de vientre de forma altruista es la más aceptada en la normatividad, lo cierto es que existen gastos médicos los cuales deben correr por cuenta de los contratantes, lo que incluye desde la inseminación o la técnica médica que eligieron para llevar cabo la gestación, así como los gastos de consultas periódicas. El bienestar de la madre gestante debe estar asegurado en todo momento, esto implica que en caso de cualquier complicación de salud por ocasión del embarazo, se debe brindar la atención médica correspondiente por cuenta de los contratantes.

Por otro lado, se han documentado casos en los que los padres contratantes han sido omisos con la obligación de cubrir los gastos médicos mencionados, o peor aún, al tener un diagnóstico de una enfermedad crónica o degenerativa del niño, abandonan sus responsabilidades y con ello a la madre gestante. Este es un

ejemplo de los casos que deben prever la ley ya que no solo se ven implicados derechos de la madre gestante, sino que se involucran los derechos del menor el cual no debería quedar desprotegido ante la actualización de esta u otras circunstancias.

3.5.3 El *nasciturus*

Haciendo referencia a los derechos del concebido, pero no nacido, el criterio rector será el interés superior del menor, el cual, con independencia de los derechos preexistentes de las partes contratantes, por ordenamiento constitucional deberá primar sobre esos derechos.

Uno de los temas éticos controversiales es la posibilidad de elección del sexo del hijo, si es posible determinar qué características físicas deben prevalecer, por mencionar algunos; sin embargo, una de las soluciones al respecto se puede visualizar en la condición de que los donantes tanto de espermatozoides como de óvulos permanecen en el anonimato, circunstancia que manejan las clínicas de reproducción asistida y que busca evitar precisamente dilemas ético-jurídicos como el ya citado.

3.5.4 El caso de la filiación

La importancia de la determinación de la filiación radica en que del reconocimiento de ésta derivan derechos y obligaciones importantísimos y en específico los derechos de los hijos como el derecho a tener una identidad y pertenecer a una familia, cuestiones referentes a su nacionalidad, derecho a recibir alimentos, derechos sucesorios, y tratándose de la subrogación de vientre ayuda a determinar su estatus migratorio, ya que cuando se presenta este tipo de procedimientos a nivel internacional, es decir, que los padres contratantes son extranjeros, el registro de los niños para obtener un acta de nacimiento se

convierte en un conflicto normativo de derecho comparado el cual deriva en la incertidumbre de establecer una filiación con sus progenitores.

En nuestro sistema jurídico mexicano, la presunción de que la madre es la que da a luz es la regla que ha primado a la hora de establecer la filiación de la madre con su hijo, así, el Código Civil Federal establece la filiación respecto a la madre por el solo hecho del nacimiento. En el caso de nuestro estado, el Código Civil (CCEQ, 2018) señala también que la filiación con relación a la madre resulta del solo hecho del nacimiento; mientras que, respecto al padre, solo se establece por el reconocimiento voluntario de éste o por sentencia que declare la paternidad. Lo anterior, no resuelve la problemática a la hora de determinar el vínculo de la filiación derivado de una subrogación de vientre, pues estamos ante la presencia del ya mencionado principio "*mater semper certa est*, madre es la que da a luz, en el que no se toma en cuenta si hubo una donación de esperma u óvulo, hecho que a pesar de que madre es la de da a luz en sentido estricto los padres biológicos serían los que aportaron el material genético en correspondencia a dicho procedimiento asistido.

En relación a esto, existen criterios que ayudan en la determinación de la filiación en los procesos de reproducción asistida, a) la maternidad biológica o genética, que es el vínculo biológico o genético que existe entre el embrión resultante y quien ha aportado los gametos; y b) la maternidad legal, que implica el vínculo que el ordenamiento jurídico le reconoce a ciertas personas en función del rol que han desempeñado en el proceso de reproducción asistida. (SEMINARIO NACIONAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 41ero., MÉXICO. 2018)

Ante dichos criterios, la subrogación parcial podría encontrar el argumento que justifique un vínculo de filiación por la vía biológica o genética; mientras que en la subrogación total podría justificarse la filiación por la vía legal, interpretando la palabra "rol" como todas aquellas actividades de manera anterior y posterior al nacimiento del hijo que los padres intencionales han llevado a cabo precisamente de manera "intencional" y voluntaria.

Por su parte, la SCJN (Tesis 2017755, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, agosto de 2018, p. 1027.) ha sostenido que, aunque existe una tendencia a que la filiación jurídica coincida con la filiación biológica, la coincidencia no siempre es posible, sea ya por supuestos tales como la filiación adoptiva o procreaciones asistidas por donación de gametos, así, la verdad biológica no es el único principio rector de los procesos filiatorios.

Es así, que el principio del mantenimiento del menor en la familia biológica contemplado en el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN, 2018) el cual en términos generales hace presunción a favor de que el menor crezca con su familia biológica, no puede prevalecer en todos los casos. Bajo este argumento se ha pronunciado la Corte (Tesis 2014649, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, junio de 2017, p. 585.) al decir que este principio no significa que en toda circunstancia deban prevalecer las relaciones biológicas, porque la realidad muestra que la familia tiene una connotación más amplia, y que la formación de lazos familiares no necesariamente tiene correspondencia con la realidad biológica.

En la intención de los padres contratantes reviste gran relevancia, puesto que esta actitud ayuda a determinar en los casos en que no existe una aportación de material genético en la subrogación, y contemplar este elemento como suficiente para establecer una relación paterno/materno-filial.

Existe una teoría relacionada precisamente con la intencionalidad de la madre contratante para establecer un vínculo de filiación legal, que parte de que sin el interés de la pareja que contrató a la mujer gestante, la criatura no hubiese sido gestada (Araque-Sayago, 2017). Dicha teoría fue desarrollada por el estado de California en el caso de Johnson vs. Calvert de 1993. En ese asunto una Corte se planteó por primera vez la interrogante sobre si la madre legal es aquella que alumbró al niño o la que provee el material genético por que la Corte se vio en la obligación de buscar un nuevo criterio para el establecimiento de la filiación materna y optó por hacer una determinación de la intención de la voluntad de las partes al celebrar ese contrato de subrogación, con independencia de las

condiciones de validez del citado contrato, concluyendo que la madre legal es aquella con la intención, con el propósito de procrear y criar al niño (Araque-Sayago, 2017).

El Código Civil del Estado de Tabasco en su Artículo 92º (CCET, 2018) señala que en los casos de hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación y para estos supuestos, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.

Este mismo artículo en su párrafo quinto, establece que en relación al padre, salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare (CCET, 2018).

La subrogación, por tanto, implica la renuncia, por parte de la madre sustituta, de todos sus derechos filiales a favor de la pareja contratante. En el caso de la subrogación parcial, la madre sustituta cederá la patria potestad y la custodia a favor del padre biológico y consentirá la adopción por parte de la madre contratante.

Uno de los casos más recientes en nuestro país fue el resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte (Amparo en revisión 553/2018). En el caso, un matrimonio homosexual de varones recurrió a un procedimiento de vientre subrogado en cual se procreó un hijo con el esperma de un miembro de la pareja y el óvulo de una donante anónima. Posteriormente, solicitaron al Registro Civil de Yucatán inscribir al menor con los apellidos de ambos, el cual se les negó argumentando que la legislación en la materia no lo contemplaba en relación a que el derecho al nombre devenía del parentesco por consanguinidad.

La Primera Sala concedió el amparo al considerar que de este modo se garantiza la vigencia del derecho del niño a tener una identidad i ser inscrito en el Registro Civil; de igual forma se argumentó que se permite el establecimiento de la filiación

jurídica incluso ante la falta de vínculo biológico. Así, es factible establecer la filiación con hijo nacido por técnica de reproducción asistida a través de los mecanismos del reconocimiento o de la presunción de paternidad o maternidad previstos en la ley yucateca, pues no se requiere para llevarla a cabo que haya comprobación de la liga biológica.

Cabe precisar que uno de los factores fundamentales en la decisión de esta Sala fue “la voluntad pro creacional” expresada por la pareja y el consentimiento por parte de la madre gestante en cuanto a no reclamar derechos y aceptar que sean el progenitor biológico y su pareja, quienes funjan como los padres del niño, circunstancia que como se explicó anteriormente, es jurídicamente determinante en la decisión de estos casos ante el juzgador.

3.5.5 Documentación de casos y jurisprudencia en el derecho comparado

En el primer caso con sustento legal en Argentina (Urquiza y col., 2014) en abril del 2011 una pareja acudió a Hálitus Instituto Médico para un tratamiento de maternidad subrogada.

Tras el nacimiento de la niña, los padres pro creacionales iniciaron una acción judicial mediante el cual solicitaban la inscripción del nacimiento a su nombre, para ello se presentó como evidencia el acta emitida por el nosocomio. A su vez, se acompañó como prueba la documentación obtenida anteriormente al tratamiento. Adicionalmente, se agregó un estudio de ADN para demostrar que los actores eran los padres biológicos de la niña nacida.

El fundamento jurídico y jurisprudencial de la acción judicial se basó en el artículo 19 de la Constitución Nacional según el cual “*Ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”. En lo dispuesto por la Convención de los Derechos del Niño (CDN,2018) en su Artículo 3°, 7° inciso I, Artículo 8° incisos 1 y 2 referidos a los derechos del niño a su identidad y la obligación de los Estados Partes a prestar la asistencia y

protección apropiadas para restablecer rápidamente su identidad. También el Pacto de San José de Costa Rica, Artículo 7° inciso 1 y 5, y Artículo 19° donde se señala que *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”*, que *“la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”*, y que *“todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad, y del Estado”*, respectivamente (Urquiza y col., 2014).

En la sentencia la jueza interviniente afirma que también se habilitan paternidades y maternidades tales como maternidad o paternidad en casos de esterilidad, maternidad sin paternidad, paternidad sin maternidad, paternidad y/o maternidad de los miembros de una pareja homosexual.

De igual manera, se refiere a que el elemento más relevante en la determinación de la filiación de aquellos niños nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, es la voluntad de quienes participaron en el proceso de aquel que naciera.

Por lo anterior, la juez resuelve que resulta procedente acceder a la acción judicial entablada, valorando fundamentalmente la voluntad del matrimonio de convertirse en padres de la niña y la correspondencia biológica de la nacida respecto de los padres de acuerdo al informe de ADN. Adhiere a lo peticionado por la fiscal, hacer conocer oportunamente a su hija su realidad gestacional (Urquiza y col., 2014).

Otro caso, es la sentencia producida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de fecha 26 de junio de 2014 en el asunto *Mennensson* contra Francia (TEDH, 2017) la cual reconoce el derecho de los niños nacidos por gestación subrogada y el derecho a su inscripción y filiación de los padres contratantes en el Registro Civil, y con ello adquirir los derechos de nacionalidad y de plena filiación.

En dicha sentencia, señala (Azpiroz-Villar, 2017) el argumento fundamental utilizado por el Tribunal ha sido el considerar que Francia ha vulnerado lo

dispuesto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos donde se establece el derecho a la vida privada y familiar.

3.5.6 El derecho a la igualdad jurídica y no discriminación en la subrogación de vientre como acceso a un nuevo concepto de familia

La legislación en su tarea de brindar certeza jurídica regulando sobre el tema, ha causado polémica en torno a los supuestos en que las parejas y personas de manera individual, pueden acceder a una subrogación de vientre lo que genera en este sentido, normativas discriminatorias al excluir a grupos sociales respecto al acceso de la práctica médica.

A pesar de que las restricciones impuestas para acceder a la práctica comúnmente buscan justificarse bajo la idea de que sirven para proteger a las mujeres gestantes o a las niñas y niños nacidos a partir de estos acuerdos, esto no siempre es así. Suelen esconder prejuicios contrarios a los derechos humanos o, simplemente, no son la vía idónea para lograr este objetivo. Por ejemplo, el requisito de que los padres intencionales sean una pareja casada o en concubinato, conformada por un hombre y una mujer, es una restricción común en la normativa internacional.

En este contexto las preguntas planteadas ahora son muy numerosas. Tal y como señala (Lema-Añón, 1999) ¿Hay que permitir el acceso a éstas técnicas sólo a los matrimonios o también a las parejas no casadas independientemente de la calificación jurídica que se les dé?, ¿Sólo a las parejas heterosexuales o también a las homosexuales (en principio femeninas)? ¿Sólo a las parejas o a cualquier mujer con independencia de su estado civil, situación familiar o relación con algún varón? ¿Se permitirá sólo en casos de esterilidad comprobada, o en otro tipo de supuestos? ¿Habrá que negar el acceso a personas que ya tengan hijos pero que se hayan vuelto estériles accidentales o voluntariamente? ¿Habrá que establecer alguna limitación para el caso de aquellas personas o grupos que se considere

que no podrán atender adecuadamente a los hijos? De ser así, en qué casos ¿Habrá que establecer límites de edad, mínimos o máximos?

La respuesta a estas interrogantes se ha relacionado directamente con los derechos de las partes que intervienen como lo es el caso. En este sentido, Lema-Añón (1999) refiere que los derechos a los que se han acudido, a veces contrapuestos son el derecho a la reproducción y los derechos de los hijos nacidos mediante reproducción artificial. Con respecto a los derechos de los padres, se discute si el presunto derecho a la reproducción se basaría en el derecho a la salud o en los derechos de la personalidad, es decir, si las nuevas tecnologías reproductivas son admisibles como un remedio o tratamiento contra la esterilidad entendida ésta como enfermedad; o si son un medio alternativo de reproducción al que la personas pueden acudir en el ejercicio del libre desarrollo de su personalidad.

Por lo que respecta al derecho de los hijos nacidos bajo alguna técnica de reproducción asistida, el derecho que prima es el del interés superior del menor, así como algunos otros no menos importantes como lo es el derecho a la vida, el derecho a nacer dentro de una familia, el derecho a una identidad, así como el derecho a conocer su origen biológico.

Uno de los grupos que se ha visto más desfavorecidos en cuanto al acceso de la subrogación de vientre son las parejas del mismo sexo. En México, en enero de 2017, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la (Tesis jurisprudencial 08/2017), en la cual determinó que, la vida familiar entre personas del mismo sexo no se limita únicamente a la vida en pareja, sino que puede extenderse a la procreación y a la crianza de niños y niñas según la decisión de los padres. Así, existen parejas del mismo sexo que hacen vida familiar con niños y niñas procreados o adoptados por alguno de ellos, o parejas que utilizan los medios derivados de los avances científicos para procrear. Es así, que dicha resolución reconoce la protección constitucional para todo tipo de familias, incluyendo aquellas que se forman a través de técnicas de reproducción asistida, sin importar si son parejas heterosexuales, del mismo sexo, o personas solteras.

La familia en nuestro derecho mexicano, es una institución social que reviste gran importancia al ser el núcleo de la sociedad para lo cual, brinda protección a todos sus integrantes. Lo anterior supone que las legislaciones locales contemplan su existencia. Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Ciudad de México, Coahuila, Colima, Durango, Estado de México, Guanajuato, Jalisco, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Tabasco, Tamaulipas y Veracruz son las entidades cuyas legislaciones sustantivas no señalan un concepto de familia.

Las entidades que definen a la familia como institución social son Aguascalientes, Chihuahua, Guerrero, Hidalgo, Michoacán, Morelos, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tlaxcala, Yucatán y Zacatecas. De dichos ordenamientos se desprende que se precisan como fuentes de la familia el matrimonio, el concubinato, y el parentesco consanguíneo o civil; únicamente Quintana Roo, adiciona a la relación de hecho, en donde sus miembros gocen de una autonomía e independencia personal.

Querétaro define a la familia en su Artículo 135º (CCEQ, 2018) como una institución social, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo del matrimonio, el concubinato o por el parentesco de consanguinidad, civil o afinidad, señalando como fines de ésta garantizar la convivencia armónica, el respeto, la protección, la superación, la ayuda mutua, la procuración de del sustento material y afectivo, la preservación de los valores humanos, la vinculación, así como el respeto y protección recíproca de sus miembros. Del citado ordenamiento se puede advertir que las fuentes de la familia se limitan a los supuestos mencionados, por lo que en la operatividad de la norma esto puede dar origen a actos discriminatorios.

Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el concepto de familia no debe interpretarse restrictivamente, ni contemplar como únicas fuentes de ésta las instituciones citadas en los ordenamientos locales ya que situaciones de convivencia ajenas al matrimonio desarrollan los mismos fines y por tanto merecen la misma protección.

Tal y como lo señala la Corte (Tesis 161309, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 871.), la protección constitucional de la familia no obedece a un modelo o estructura específico, al tratarse de un concepto social y dinámico que el legislador ordinario debe proteger en las diversas formas en las que se integre, máxime que ello incide definitivamente en la protección de los derechos de la niñez, como es crecer dentro de una familia y no ser discriminado o visto en condiciones de desventaja según el tipo de familia de que se trate.

Por tanto, si las personas del mismo sexo pueden acceder constitucionalmente al matrimonio, de igual forma deben tener acceso a formar una familia; sin embargo, no sólo el matrimonio, ya sea de parejas heterosexuales u homosexuales, puede entenderse como estructura familiar, sino que deben incluirse los grupos de convivencia unidos por esos lazos de afecto; pues como lo señala el máximo Tribunal en nuestro país, la familia y el matrimonio no son conceptos equivalentes. El matrimonio únicamente es una de las formas que existen para formar una familia y el derecho de protección a la familia implica favorecer ampliamente el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, más no del matrimonio (Tesis 2002008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, octubre de 2012, p. 1210.).

Pese a lo anterior, las legislaturas locales son las que integran este tipo de discriminación y en la operatividad de la norma la esfera jurídica de las personas vulneradas se ve violentada.

En el Estado de Querétaro, cuando el legislador define a la familia en el Artículo 135º del Código Civil, no hace más que producir una discriminación normativa por omisión, al excluir a aquellas parejas o uniones de hecho que aun cuando constituyan una familia conforme a un significado social, no entran en las instituciones jurídicas del matrimonio, del concubinato o del parentesco de consanguinidad, civil o afinidad. Si la pareja de hecho no se encuentra como fuente de la familia, el legislador les está vedando del derecho de ingresar a la

protección constitucional, y que se traduce en una vulneración al principio constitucional de igualdad y no discriminación.

Sin embargo, agregaría que no solo a las parejas de hecho, sino a las familias homoparentales, es decir, aquellas conformadas por un padre o una madre y sus hijos; o en su caso, personas solteras. La protección mínima que prevé el derecho de familia, también debe aplicarse a estas diversas formas de familia, siempre que se demuestre la convivencia constante y estable, fundada en la afectividad, la solidaridad, y la ayuda mutua, con el fin de no violar el principio de igualdad y no discriminación, sin que sea extensible a uniones efímeras o pasajeras.

Dirección General de Bibliotecas UFR

IV. HIPÓTESIS

Los avances en materia legislativa asociada al vientre subrogado, así como la identificación de los requerimientos en materia normativa, permiten acercarnos a la formación de un contexto legal que brinda mayor certeza y seguridad jurídica basada en el respeto de los derechos humanos de las partes que intervienen en esta práctica.

Si bien es cierto que existe normativa que regula algunos aspectos de la subrogación de vientre, también lo es que existen algunas deficiencias en estos ordenamientos legales. Invasión de competencias, disposiciones discriminatorias e inseguridad jurídica son algunas características de la normativa vigente, lo cual refleja grandes áreas de oportunidad.

Con ello, la Ley General de Salud si bien ha dado solución a algunos de los puntos controvertidos y problemáticos que se pueden suscitar en la subrogación de vientre, debe trabajar en conjunto con las instituciones gubernamentales para que no solo exista normativa que regule al respecto, sino que ésta se observe y se lleve a la práctica para así evitar generar conductas que resulten contrarias a los derechos humanos que nuestra Constitución reconoce.

V. OBJETIVOS

5.1 Objetivo general

Analizar los aspectos del derecho relacionados con la subrogación de vientre en México.

5.2 Objetivos específicos

Identificar la legislación asociada al vientre subrogado y el avance en materia de derecho del vientre subrogado en México y por entidad federativa.

Identificar las necesidades de desarrollo en materia de legislación en vientre subrogado.

VI. MATERIAL Y METODOLOGÍA

6.1 Especificaciones

Tipo de investigación: Cualitativa/Documental.

Unidad de análisis: Normativa jurídica en relación con la subrogación de vientre a nivel nacional.

Muestra: Regulación jurídica de la subrogación de vientre en los estados de la República Mexicana.

Técnica e instrumentos: Documental/Análisis comparativo/Derecho comparado.

Procedimiento: A partir de la recopilación de la normativa vigente en cada uno de los estados de la República Mexicana y las normas jurídicas que regulan la subrogación de vientre a nivel internacional, se realiza un estudio comparativo el cual permite identificar cuáles son los rubros del derecho en los que no se brinda certeza jurídica a las partes que intervienen, así como el respeto a sus derechos humanos.

6.2 Análisis de los aspectos del derecho relacionados con la subrogación de vientre en México.

Se llevó a cabo un análisis del marco legal asociado a las diferentes hipótesis que demandan el alquiler de vientre desde la perspectiva del demandante de esta oportunidad. Así mismo, se analizó el contexto general que requiere la mujer gestante en su denominación de vientre alquilado, en términos del mínimo aspecto a contemplar para cubrir gastos de salud, alimentación, y protección del producto de la gestación subrogada; así como aspectos de protección ante males congénitos del neonato.

Finalmente se llevó a cabo un análisis de contexto legal relacionado con el derecho del neonato a la información, a su registro en acta de nacimiento, derecho a su identidad, así como su estatus migratorio.

Para lo anterior se llevó a cabo una investigación documental y bibliográfica de las diferentes hipótesis y resoluciones asociadas a nivel internacional y en México.

6.3 Legislación asociada al vientre subrogado y el avance en materia de derecho del vientre subrogado en México por entidad federativa.

Se identificó la legislación asociada al vientre subrogado en las diferentes entidades que reconocen la figura de la subrogación de vientre en sus diferentes denominaciones. De igual manera se identificaron aquellos estados en donde si bien no se reconoce como tal el acceso a la subrogación de vientre, se da la pauta para acceder a esta práctica al reconocer que las parejas pueden recurrir a las técnicas de reproducción asistida que consideren más oportunas de acuerdo a sus intereses y necesidades; y en caso muy particular de aquellos estados en donde se desconoce y además sus ordenamientos jurídicos prohíben la subrogación de vientre.

Por último, se llevó a cabo una comparación entre las diversas disposiciones de los estados que contemplan la subrogación de vientre desde la definición como tal de esta práctica, los requisitos tanto de la madre gestante como de las parejas contratantes, el procedimiento médico a seguir, las autoridades y partes que intervienen, la formalización del contrato y las sanciones en cuanto a las conductas punibles que pudieran presentarse por cualquiera de las partes.

6.4 Identificación de las necesidades de desarrollo en materia de legislación de vientre subrogado.

Con base a las diferentes hipótesis asociadas a la necesidad de vientre subrogado en México, y de acuerdo a los diferentes marcos normativos, se identificaron las necesidades de desarrollo en materia de legislación en vientre subrogado por ejemplo, parejas nacionales del mismo sexo o parejas extranjeras que hacen uso de la oportunidad de vientre subrogado en México; el caso de parejas estériles o parejas con una enfermedad terminal –como SIDA y su derecho a ser padres a través de vientre subrogado, que gracias al procedimiento de reproducción asistida, elimina la presencia del virus y de la enfermedad en el material genético, pero que debe acompañarse como protección al neonato de una garantía de cuidado en ausencia de los padres.

VII. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Un marco regulatorio, es un conjunto de normas jurídicas para encuadrar ciertas conductas humanas sobre una materia en específico y cuya función es precisamente regular dichos aspectos para brindar certeza jurídica a las partes involucradas. Es así, que derivado del análisis de la normativa tanto nacional como internacional referente al vientre subrogado, se desprende que debe existir un marco normativo adecuado que contemple a la subrogación de vientre dentro de la legislación de cada uno de los estados del país. Si bien, la mayoría de los estados de la República, con excepción de Tabasco y Sinaloa desconocen dicho procedimiento como método de reproducción asistida y otros como el caso de Michoacán y Zacatecas dan pauta a recurrir a un proceso de subrogación de vientre al establecer que los cónyuges pueden decidir libremente la utilización de cualquier método de procreación asistida para lograr su propia descendencia, lo cierto es que ante la falta de normatividad y prohibición expresa en las entidades restantes, se observa un vacío legal que genera incertidumbre jurídica y coloca en un estado de vulnerabilidad en sus derechos humanos para las personas que son partícipes de este procedimiento.

El contexto general que requiere la mujer gestante en su denominación de vientre alquilado, es omitido en las escasas legislaciones que regulan sobre el tema. Los gastos médicos, de alimentación, supuestos de alguna enfermedad grave sufrida durante o por ocasión del embarazo y aspectos de protección ante males congénitos del neonato, son supuestos que la ley no contempla; sin embargo, los usos, como fuente para regular la práctica al respecto, suponen que dichos gastos deben correr a cargo de los padres intencionales sin contemplar lo anterior como pago por la gestación del hijo, per se la prohibición e ilegalidad de tal hecho.

Los derechos del neonato, es un rubro que merece especial atención dentro de un marco regulatorio adecuado. El derecho a conocer su identidad biológica es un derecho humano reconocido constitucionalmente y en instrumentos internacionales, el cual debe primar en todos los procedimientos de reproducción

asistida en observancia siempre con el interés superior del menor. Lo anterior implica que, a pesar de que conocer su identidad biológica es considerado un derecho humano, dicha circunstancia no debe regir en todos los casos, por lo que el juzgador deberá analizar el caso concreto pues también existen otros elementos a considerar como la preservación en beneficio del menor de vínculos familiares en cuyo caso lo que pretende proteger es la institución de la familia o el propio interés superior del menor.

El derecho a inscribir su acta de nacimiento y determinar la relación que guarda un menor respecto a un estado son derechos que en primera instancia son invocados por los padres intencionales basando su argumento en el derecho a formar una familia de manera libre consagrado en el artículo 1° y 4° constitucional. Sin embargo, el interés superior del menor prevalece sobre los derechos de los padres intencionales puesto que tener una identidad y pertenecer a una familia son derechos de orden público y de estricta observancia para el juzgador. La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes vigente en toda la República Mexicana en su artículo 22 establece el derecho a la identidad, el cual se compone por el derecho a tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nazca, a tener una nacionalidad y a conocer su filiación y su origen. Lo anterior, significa que la falta de regulación jurídica sobre la inscripción de actas de nacimiento de hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida como el caso de la subrogación de vientre, no debe dar paso a privar a los menores de determinar su identidad y establecer el vínculo de filiación con su familia.

A nivel internacional uno de los retos dentro de la normativa sobre el tema en cuestión entre otros, es el de determinar la nacionalidad de los niños nacidos de madres gestantes con distinto origen al de sus padres. La atracción turística ha llevado a que parejas de diversas nacionalidades se concentren en regiones donde no existe la prohibición legal de llevar a cabo una subrogación de vientre; sin embargo, al llegar a su país de origen el acceso al reconocimiento de una identidad para su hijo les es negada por motivos de omisión o prohibición legislativa. La Convención sobre los Derechos del Niño y de la cual México es

parte dispone entre otros aspectos, que los niños tienen derecho desde que nacen a un nombre y a adquirir una nacionalidad.

El derecho a tener un nombre e inscribir su acta de nacimiento es sumamente importante, ya que del reconocimiento de éstos derivan otros derechos como el derecho a heredar, el derecho a recibir alimentos, salud, educación y todo lo que este derecho implica. La legislación asociada a esta práctica médica en toda la República debe contemplar la normativa adecuada para regular el fenómeno social. Se observó que únicamente dos de las entidades federativas de nuestro país, Tabasco y Sinaloa regulan la subrogación de vientre en sus diversas denominaciones, cuestión que, en un inicio, es el primer obstáculo que se presenta para el legislador: dar la conceptualización correcta.

El estado de Tabasco establece quienes son las partes que intervienen al definir qué debemos entender por la madre gestante sustituta; la madre subrogada y la madre contratante; sin embargo, no señala a que se refiere el procedimiento de la maternidad subrogada o que debemos entender por ésta, no así, en el caso de Sinaloa, donde se define explícitamente a lo que hace alusión el término maternidad subrogada.

En relación a los requisitos de acceso, procedimiento médico, autoridades que deben intervenir, aspectos referentes a la formalización del contrato y sanciones para las partes en caso de incumplimiento el Código Familiar del Estado de Sinaloa es el único instrumento que contempla los rubros anteriores. Es necesario señalar que respecto a los requisitos de acceso a la práctica por parte de la madre intencional se precisa que podrá recurrir a esta técnica cuando la mujer padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero. Así, se omite precisar que supuestos específicos engloban la imposibilidad física. Por parte de la madre gestante, se señala que se debe contar con una edad de entre veinticinco y treinta y cinco años de edad, que tenga al menos un hijo consanguíneo sano, gozar de buena salud psicosomática y que haya dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre. En este sentido, vale la pena cuestionar cual es el criterio que usa el legislador para determinar la edad

adecuada para llevar a cabo un embarazo y además cual debe ser el medio probatorio idóneo que permita conocer la buena salud psicosomática de la mujer en cuestión, lo anterior con la intención de evitar caer en cuestiones discriminatorias.

La formalidad que debe revestir el contrato implica que el instrumento contendrá las firmas de la madre y padre subrogados, la madre subrogada gestante, el intérprete si fuera necesario uno, el Notario Público, el director de la clínica o centro hospitalario, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado. Es claro que la legislación de Sinaloa respecto a este apartado, no contempla si el contrato será necesario formalizarse para las cuatro modalidades en que puede presentarse la subrogación de acuerdo con la misma legislación. Existen requisitos previos que deben cubrir las partes previas a la firma del contrato, el principal, es ser Ciudadano Mexicano. Explícitamente esta restricción por sí misma excluye a las personas extranjeras del acceso a esta práctica negándoles el derecho a migrar a países donde la subrogación de vientre es legal; y, en el peor de los casos la realidad social refleja que efectivamente las parejas intencionales viajan a países donde la práctica es regulada; sin embargo la no inclusión de extranjeros es la que frena el retorno a su país de origen de los padres con sus hijos una vez llevado a cabo dicho contrato, supuesto que los coloca en un estado de vulnerabilidad donde el menor es el más desprotegido jurídicamente hablando al estar indefinida su filiación y su nacionalidad.

Por último, la formalización del contrato da certeza jurídica a las partes de que la ley protegerá lo que en él se convenga, pese a ello, es importante que la legislación contemple las acciones jurídicas que pueden ejercitar las partes en caso de incumplimiento de lo pactado en dicho instrumento. El Código Familiar de Sinaloa contempla que cuando haya existido error o dolo, respecto a la identidad de los padres subrogados por parte de la mujer gestante, éstos podrán demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados e interponer denuncias penales, en su caso. En el caso de la mujer gestante, ésta puede demandar civilmente a la madre y al padre subrogados, el pago de gastos médicos, en caso de patologías

que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal. Por su parte, los médicos tratantes se harán acreedores a las responsabilidades civiles y penales en caso de que realicen la implantación o fecundación de embriones humanos sin el consentimiento y plena aceptación de las partes que intervienen. Dichas apreciaciones por parte del legislador sinaloense se estiman prudentes, pese a esto, los menores de edad que se encuentran involucrados poseen derechos que merecen especial protección en cuyo caso la legislación omite el establecimiento de garantías para salvaguardar su integridad y bienestar en sus diferentes ámbitos.

Un caso no previsto es el de niños que nacen con malformaciones congénitas o enfermedades causadas por deficiencias genéticas situación que más allá de ser un hecho biológico superviniente no debe ser motivo de rechazo del niño o considerarse inhumanamente como una “ineficacia” en el contrato.

Dentro de las principales necesidades de desarrollo en materia de legislación de vientre subrogado se logró observar que el principal obstáculo que se presenta es la restricción del acceso a dicha técnica de reproducción asistida establecida por la misma normativa. Retomando la legislación familiar del Estado de Sinaloa, se pudo observar que únicamente los cónyuges o concubinos pueden celebrar un contrato de subrogación de vientre, lo que evidencia la notoria discriminación del acceso a parejas homoparentales, personas solteras estériles o con una enfermedad terminal. Junto con esta restricción se puede resaltar la limitante de que solo podrán formalizar el contrato aquellas personas que sean ciudadanos mexicanos, lo que nos lleva a pensar que el objetivo del legislador en un momento fue frenar el tráfico de menores en las entidades de nuestro país que ante un realidad que rebasa el derecho son vistas como destino turístico para realizar este tipo de actos jurídicos. Lo cierto es, que ante la falta de leyes migratorias específicamente en relación a técnicas de reproducción asistida llevadas a cabo fuera del país de origen de los padres intencionales no pueden verse menoscabados en ningún momento los derechos de un menor que ante esta problemática deja suspendido su estatus tanto filiatorio como migratorio.

Uno de los principales retos para el derecho lejos de prohibir la subrogación de vientre, es regularla como una de las técnicas de reproducción asistida legal en toda la República Mexicana. La existencia de una Ley de subrogación de vientre para el Estado Mexicano y de observancia obligatoria para todas las entidades federativas enmendaría la omisión legislativa que existe en la mayoría de los estados de nuestro país y su aplicación uniforme facilitarían la tarea del juzgador.

El tema de la conceptualización de la subrogación de vientre en primera instancia como término universal al que el legislador, las autoridades de salud, los médicos tratantes, los fedatarios públicos y las partes que intervengan puedan referirse a ésta, brindaría de inicio mayor seguridad y certeza jurídica. El Registro Civil como institución gubernamental relacionada directamente con el tema que nos ocupa, debe modificar su legislación vigente e incluir el registro de actas de nacimientos de niños nacidos bajo la aplicación de alguna técnica de reproducción asistida con independencia de si los padres que se asentarán en dicha acta son cónyuges, concubinos, personas solteras o parejas del mismo sexo.

Conjuntamente La Ley General de Salud con los marcos jurídicos del mismo orden locales, necesitan ser modificados para contemplar a la Secretaría de Salud como la única idónea para supervisar y establecer los estudios que deban hacerse a la mujer gestante y a los padres subrogados con la finalidad de que garanticen la salud de los implicados. Ante esta misma institución pública, deberán notificarse los efectos del contrato para que el estado de la persona menor nacida mediante esta práctica, sea contemplado en su filiación como hijo desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos. Otra función importante de esta Secretaría es en relación con los certificados de nacimiento, éste será expedido por el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento del menor de edad y que llenará el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud y que contendrá en este caso, la constancia de que la maternidad fue asistida a través de una técnica de apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada maternidad subrogada, tal y como lo señala el Código Familiar del Estado de Sinaloa.

Las modalidades que debe revestir esta práctica deben ser explícitas, subrogación total, parcial y de forma altruista. Ésta última, es de suma importancia ya que el prohibir la subrogación onerosa pone un alto a las prácticas clandestinas donde la remuneración económica suple hasta la misma falta de regulación. A nivel internacional, esto significaría un gran avance, ya que tal hecho frena la atracción turística de los países en el mundo donde se lleven a cabo estos procedimientos evitando estigmatizar que ser una mujer gestante participe de un contrato de subrogación sea contemplado como una opción laboral. Aunado a esto, los parámetros que tendría que tomar en cuenta en legislador para determinar cuál sería la suma máxima o mínima a tomar en cuenta en una subrogación onerosa resultarían complicados, tal vez el derecho comparado o los usos de esta práctica pudieran dar una respuesta al respecto, lo cierto es, que la subrogación altruista reduce las controversias que pudieran suscitarse en el ámbito económico, esto por supuesto, con independencia de los gastos médicos que deben llevar a cabo los padres contratantes durante y después de la gestación.

Por último, el dar acceso a la subrogación de vientre a parejas homoparentales o personas solteras, permite un avance en nuestro sistema jurídico mexicano ya que el contemplar como estructura de la familia únicamente a cónyuges o concubinos de distinto sexo, no solo violenta el derecho humano de igualdad y no discriminación, sino que restringe al derecho su labor de regular las conductas del individuo de acuerdo a la realidad social que se vive en la actualidad. En este sentido, el concepto de familia establecido en los ordenamientos jurídicos locales debe contemplar la realidad social donde una comunidad cambiante se agrupa de diversas maneras con el fin de formar una familia. Precisamente esta finalidad es la que da sentido a la conformación de una familia en amplio sentido, ya que esta institución social tan importante no debe obedecer a un modelo semi establecido, sino que debe atender a los efectos jurídicos que desean las partes que se produzcan. Es así que, desde mi perspectiva, un concepto de familia adecuado sería aquel que establezca que es un conjunto de personas unidas por “vínculos

afectivos” cuya finalidad es la permanencia y el apoyo mutuo orientado en valores para el desarrollo de cada uno de sus integrantes.

Dirección General de Bibliotecas UAQ

VIII. CONCLUSIONES

Vivimos en una sociedad cambiante, donde efectivamente todo se va transformando, y con ello el ser humano, quienes hemos sido responsables en mayor medida de estos cambios. La naturaleza y el contexto social en que vivimos actualmente no son los mismos que los de 100 años atrás, sin embargo, la adaptación es y ha sido una de las cualidades que ha ayudado a nuestra especie a seguir evolucionando y tanto lo hemos hecho, que es posible crear una vida humana a través de técnicas asistidas cuando el propio cuerpo no es apto para hacerlo.

Es precisamente el tema de las técnicas de reproducción asistida uno de los más aplaudidos debido a los avances científicos, pero también el más cuestionado debido a las implicaciones éticas que en torno al ser humano giran. Hablando específicamente del vientre subrogado, las implicaciones jurídicas son bastas como ya se ha mencionado anteriormente, sin embargo, pienso que independientemente de la necesaria existencia de un marco jurídico regulatorio al respecto, la cuestión que nace a la par de los avances científicos y que el ser humano aún no ha logrado superar a es la cuestión cultural. Con esto quiero hacer hincapié en que por supuesto es necesario que el derecho intervenga en la regulación de los fenómenos que se presentan en el día a día pero la pregunta en específico sería ¿estamos preparados para vivir en una sociedad donde una familia es un grupo de personas unidos por vínculos afectivos en sus distintas conformaciones?

Parecería por un lado que todos estamos a favor de que se respeten los derechos humanos en general y en caso de alguno de estos se violente de inmediato recurrimos a la norma, la cual en todo momento protege constitucionalmente nuestros derechos; por el otro, tendemos a señalar cuando nos encontramos ante situaciones diversas que no concuerdan con nuestra forma de pensar o que culturalmente por no llamarle prejuiciosamente están mal vistas. Se ha dicho que el concepto de familia debe evolucionar, pero junto con ello la forma en como

nosotros aceptamos ese cambio, pues si la lucha se legitima en lograr un estricto respeto a los derechos humanos, en la operatividad de la norma no se debe esperar menos; no así también en la convivencia y aceptación de nuevos modelos de familia.

Establecido lo anterior, quiero hacer hincapié en dos aspectos que me parecen fundamentales para entender cómo debe estar justificado un nuevo concepto de familia. El primero de ellos: la posesión de estado de hijo. Hemos hablado que son varios los obstáculos que se presentan dentro de los procesos de subrogación de vientre, especialmente si se trata de una subrogación en la cual los padres contratantes son extranjeros, pues evidentemente el menor es quien resulta más vulnerado al no contar con la normatividad que regule su situación jurídica. Ahora bien, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la posesión de estado de hijo es una verdad social la cual se entiende como una verdad sociológica y efectiva que consiste en el goce de hecho del estado de hijo, de modo público, permanente e inequívoco. De esto quiero rescatar que la realidad social del menor puede ser distinta a su realidad biológica, y esto en nada o poco puede afectar al sano desarrollo del menor, al contrario, la misma Corte ha establecido que la realidad social puede llegar a configurar la personalidad del menor, por lo que alterar su esquema familiar podría resultar en una afectación a su derecho a la identidad.

El segundo aspecto se refiere a los efectos que quieren que surjan las partes a partir de la celebración de un determinado acto jurídico y que se puede analizar desde dos perspectivas distintas. Desde una primera perspectiva, se ha hablado dentro de la subrogación de vientre de padre, madre o padres intencionales y en algunas ocasiones se ha dispuesto del término “maternidad deseada o deseable”, lo cual da toda la significación jurídica para ser partícipes de un proceso de reproducción asistida como lo es la subrogación. La intencionalidad, es precisamente un calificativo que debe denotar especial importancia en la generación de nuevos actos jurídicos y en la subrogación de vientre no es menos importante, puesto que se está exteriorizando la voluntad llamada en términos

correctos "intencionalidad" de ser padres de un nuevo ser con los derechos y obligaciones que ello implica; lo que asegura que el menor crecerá en un familia donde el menor ha sido deseado y que se exige que jurídicamente surtan los efectos para los cuales ha sido celebrado el contrato de subrogación razón que desde mi perspectiva tiene mayor peso que la misma filiación consanguínea.

La segunda perspectiva se relaciona con los efectos que quieren que surtan las partes en cuanto formar una familia. Nuevamente la Corte se ha pronunciado al respecto al señalar que el concepto de familia no debe interpretarse restrictivamente, ni contemplar como únicas fuentes de ésta las instituciones citadas en los ordenamientos locales ya que situaciones de convivencia ajenas al matrimonio desarrollan los mismos fines y por tanto merecen la misma protección. Esta aseveración permite dar cabida a las nuevas formas de integración de familias, las cuales buscan llevar a cabo los mismos fines y exigir con fundamento legítimo la misma protección constitucional.

IX. BIBLIOGRAFÍA

Amador-Jiménez, M. (2011). Sobre biopolíticas y biotecnologías: Maternidad subrogada en India. *Nomadías*, India, núm. 14, noviembre del 2011, p. 35.

Arámbula, A. (2013). Maternidad subrogada. En: Think Action Development, España.

Araque-Sayago, I. (2017). Reproducción humana asistida ¿maternidad legal o biológica? Consideraciones en torno a problemas jurídicos contemporáneos surgidos con ocasión a las nuevas técnicas de reproducción asistida (Documento web). En: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/cursos_derecho_internacional_2017_materiales_lectura_Ingrid_Araque_Sayago_1.pdf (Revisado en 20 de noviembre de 2018).

Azpiroz-Villar, J.E. (2017). El contrato de alquiler de vientres: la ley, la posición del Tribunal Supremo y de la UE, las posiciones parlamentarias, *Actualidad Civil*, España, (2): 76.

Baelo-Álvarez, M. (2013). Los orígenes de la adopción desde una perspectiva sociojurídica. (Documento web) En <https://books.google.com.mx/books?id=uJvbBQAAQBAJ&pg=PA37&dq=maternidad+subrogada&hl=es&sa=X> (Revisado en 6 de febrero de 2018).

Biblia Católica (61ª edición). La Sagrada Biblia. Ed. Verbo Divino. Madrid.

Carcaba, M. (2015). Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación. En: Martínez-Martínez, V. (2015). Maternidad

subrogada. Una mirada a su legislación en México, Dikaion, Colombia, p.360

Campegnoli, C. y Peris, C. (2013). Las técnicas de reproducción artificial: aspectos médicos. En: Think Action Development, España.

CCEBCS (2018). Código Civil del estado de Baja California Sur.

CCEC (2018). Código Civil del Estado de Colima.

CCEQ (2018). Código Civil para el Estado de Querétaro.

CCET (2018). Código Civil para el Estado de Tabasco.

CCF (2018). Código Civil Federal.

CCEM (2018). Código Civil para el Estado de Morelos.

CFEM (2018). Código Familiar para el Estado de Michoacán.

CFES (2018). Código Familiar del Estado de Sinaloa.

CFESO (2018). Código Familiar del Estado de Sonora.

CFEZ (2018). Código Familiar para el Estado de Zacatecas.

CFSLP (2018). Código Familiar de San Luis Potosí. DN (2018). Convención sobre los Derechos del Niño.

CNDH (2018). Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Corti, I. (2013). La maternità per sostituzione. En: Think Action Development, España.

De Coulanges, F. (2015). La ciudad Antigua. En: Martínez-Martínez, V. (2015). Maternidad subrogada. Una mirada a su legislación en México, Dikaion, Colombia, p. 358.

García-Fernández, D. (2006). Estudios de derecho y bioética. D.F., México, Porrúa, p. 27

GIRE (2017). Grupo de Información en Reproducción Elegida. Informe de investigación.

Hernández-Ramírez, A., y Santiago-Figueroa, J.L. (2011). Ley de maternidad subrogada del Distrito Federal”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, nueva serie, año XLIV (132): 1335.

Junqueira De Estéfani, R. y De la Torre-Díaz, F.J. (2013). La reproducción medicamente asistida. Un estudio desde el derecho y desde la moral. (Documento web). En: <https://books.google.com.mx/books?id=f3yNOCLO2ioC&pg=PT150&dq=LA+MATERNIDAD+SUBROGADA&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwi88X006TaAhUliqwKHffWDJo4ChDoAQgwMAI#v=onepage&q=LA%20MATERNIDAD%20SUBROGADA&f=false> (Revisado en 23 de febrero de 2018).

Lamm, E. (2013). Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. (Documento web). En: <https://books.google.com.mx/books?id=4gOtBAAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false> (Revisado en 26 de marzo de 2018)

Lema-Añón, C. (1999). Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida. Madrid, España, Trotta, p. 120.

Martínez-Martínez, V. (2015). Maternidad subrogada. Una mirada a su legislación en México, Dikaion, Colombia, p. 358.

Mestre-Ferrer, C. (2015a). ¿Qué es la donación de semen? (Documento web). En: <https://www.reproduccionasistida.org/que-es-la-donacion-de-semen/> (Revisado en 14 de marzo de 2018).

Mestre-Ferrer, C. (2015b). ¿Qué es la donación de óvulos?”. (Documento web). En: <https://www.reproduccionasistida.org/que-es-la-donacion-de-ovulos/> (Revisado en 23 de marzo de 2018).

Mestre-Ferrer, C. (2015c). Ley 14/2006 de reproducción humana asistida en España". (Documento web). En: <https://www.reproduccionasistida.org/leyes-de-reproduccion-humana/> (Revisado en 28 de marzo de 2018).

Mestre-Ferrer, C. (2015d). ¿Qué causa la esterilidad femenina? – Síntomas y tratamientos" (Documento web). En: <https://www.reproduccionasistida.org/esterilidad-femenina/> (Revisado en 31 de marzo de 2018).

Pantaleón, F. (1999). Técnicas de reproducción asistida y constitución. En: Lema-Añón, C. (1999). Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida. Madrid, España, Trotta, p. 123.

RALE. (2014). Real Academia de la Lengua Española, Diccionario de la Lengua Española, Edit. Real Academia Española, 1 Tomo.

SEGOB. (2016). Secretaría de Gobierno del Estado de Tabasco. "Decreto 265", Periódico Oficial. Villahermosa, Tabasco. Época 6ª, No. 5135.

SEMINARIO NACIONAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. (2018). 41ero., MÉXICO.

Senado de la República. (2016). Avala Senado reformas para regular reproducción asistida (Noticia). En: <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/28421-avala-senado-reformas-para-regular-reproduccion-asistida.html> (Revisado en 13 de abril de 2018).

SILSEGOB (2018). Sistema de Información Legislativa de la Secretaría de Gobernación Iniciativa que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley General de Salud, en materia de reproducción asistida, a cargo de la Diputada Araceli Madrigal Sánchez. (Texto). En:

http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2018/04/asun_3693215_20180409_1519151632.pdf (Revisado en 01 de mayo de 2018).

TEDH (2017). Sentencia No. 65192/11 de 26 de junio de 2014, Mennensson contra Francia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo.

TAD (2013). Think Action Development, España.

(Tesis 2017755, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, agosto de 2018, p. 1027.)

(Tesis 2014649, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, junio de 2017, p. 585.)

(Amparo en revisión 553/2018)

(Tesis 2013531, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, enero de 2017, p. 127.)

(Tesis 161309, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 871.)

Urquiza, M.F., Carretero, I., Quaini, F. M., Inciarte, F., Pasqualini, R., y Pasqualini S. (2014). Subrogación uterina. Aspectos médicos y jurídicos del primer caso con sustento legal en la Argentina, Hálitus Instituto Médico, Buenos Aires, Argentina, 74 (3): 236.

Zannoni, A. E. (2006). Inseminación artificial y fecundación extrauterina. En: García-Fernández, D. (2006). Estudios de derecho y bioética. D.F., México, Porrúa, p. 30