



JOAQUIN OROPEZA ADAME

**ANALISIS DE LOS DERECHOS HUMANOS PROMOVIDOS
O VIOLENTADOS POR LA MATERNIDAD SUBROGADA EN
LAS LEGISLACIONES DE ESPAÑA Y DE LOS ESTADOS DE
TABASCO Y SINALOA.**

Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez
Oficial de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86

Zapopan, Jalisco, 24 Febrero de 2023.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.	4
CAPITULO 1. ANTECEDENTES.	8
1.1 Antecedentes.	8
CAPITULO 2. DEFINICIONES.	12
2.1. Noción fundamental de maternidad.	12
2.2 Maternidad voluntaria.	15
2.3 Concepto maternidad subrogada.	16
2.4 Definiciones de maternidad subrogada.	19
2.5 Disociación de la definición de la maternidad.	26
2.6 Clases de maternidad subrogada.	27
2.7 Causas de la maternidad subrogada.	29
2.8 Maternidad compartida y determinación de la maternidad legal.	31
2.9 Paternidad y relación jurídica.	35
2.10 Filiación.	39
CAPITULO 3. DERECHOS PROMOVIDOS POR LA MATERNIDAD SUBROGADA.	42
3.1 Libertad procreativa y derechos reproductivos.	44
3.2 El derecho a la intimidad.	47
3.3 Derechos a la privacidad y libertad.	48
3.4 Libertad sexual y reproductiva.	51
3.5 La institución de la familia.	51
3.6 Derecho a no ser discriminado.	54
3.7 Derecho a la salud.	57
3.8 Seguridad Jurídica.	57
CAPITULO 4. POSTURAS EN CONTRA Y DERECHOS VIOLENTADOS POR LA MATERNIDAD SUBROGADA.	59
4.1 Posturas en contra de la maternidad subrogada.	59
4.2 Derechos violentados por la maternidad subrogada.	61
CAPITULO 5. COMPARACIÓN ENTRE LAS LEGISLACIONES DE TABASCO, SINALOA Y ESPAÑA EN RELACIÓN CON MATERNIDAD SUBROGADA Y LOS DERECHOS HUMANOS PROMOVIDOS O VULNERADOS POR ESTA PRÁCTICA.	71
5.1 Tabasco.	71
5.2 Sinaloa.	75
5.3 España.	77
5.4 Comparación entre las legislaciones de Tabasco, Sinaloa y España.	81
5.5 Comparación de los derechos humanos que se promueven o que protegen las legislaciones de Tabasco, Sinaloa y España.	90

CAPITULO 6. PANORAMA GLOBAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA A NIVEL MUNDIAL.	93
7.1 Gestación subrogada a nivel mundial.	93
7.2 Prohibición de la gestación por sustitución.	93
7.3 Admisión amplia.	95
CONCLUSIONES.....	96
PROPUESTAS.....	99
REFERENCIAS.....	105

INTRODUCCIÓN

El ser humano siempre ha buscado alcanzar el propósito de su existencia, ya sea en la búsqueda de la paz espiritual, desarrollo laboral, generar dinero o crear una familia.

Para cada persona la búsqueda de su fin es diferente pues cada persona tiene una propia perspectiva de lo que es la vida y cuál es el fin de ella.

Para muchas personas reproducirse es una forma de alcanzar su fin, ya que con la descendencia, aparte de lograr una vida más plena, dejan una parte de sí mismos en el mundo cuando mueren y pese a la infertilidad el ser humano ha procurado por todos los medios, conseguir un heredero tan anhelado.

Esta es una de las razones por las que el ser humano tiene la necesidad de reproducirse, sin embargo debido a la infertilidad algunas personas les era imposible reproducirse hasta que se crearon las técnicas de reproducción asistida.

En las últimas décadas la tecnología ha ido evolucionando muy rápidamente, incluso ha avanzado en la ciencia médica y hablando particularmente en el ámbito de la biogenética, creándose las técnicas de reproducción asistida que llevaron a la creación de la maternidad subrogada.

La maternidad subrogada comienza en 1975 en California, Estados Unidos, cuando un periódico publicó un anuncio buscando una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril, ofreciendo una remuneración a cambio del "servicio".

Este avance biomédico de la maternidad subrogada ha creado problemas éticos y jurídicos y sobre todo un amplio debate en el tema de los derechos humanos violentados por esta práctica.

Uno de los puntos que analizar del siguiente trabajo son los argumentos a favor y en contra de la maternidad subrogada y así desarrollar una conclusión sobre cuáles son los derechos humanos promovidos y violentados por el uso de esta práctica.

Así mismo no ha habido un consenso mundial sobre el tema ya que cada país tiene sus propias culturas y sus propios ordenamientos jurídicos, lo que lo hace un tema muy complejo que lo vuelve muy interesante de analizar y llegar a una aproximación al problema.

En este contexto me interesa en esta tesis resolver esta pregunta: ¿Cómo se pueden comparar las legislaciones de Tabasco y Sinaloa sobre maternidad subrogada con la legislación española a partir de los derechos humanos promovidos o violentados?

Para lograr un acercamiento al problema es necesario también analizar las legislaciones de distintos países y hacer una comparación respecto de las mismas, es por esto que se decidió analizar las dos legislaciones que ya existen en México (Tabasco y Sinaloa) en donde se permite la maternidad subrogada, comparándolas con España que es un país con el cual nuestros ordenamientos jurídicos son similares y que recientemente existe discusiones sobre el tema.

Para comparar esas legislaciones se eligieron dos formas de contrastar: el primero enfrentando ambos modelos legales a partir de los contenidos normativos, obligaciones del Estado, procedimientos y organismos de monitoreo.

El segundo método consiste en contrastar ambos sistemas a partir de los derechos que promueven –si están a favor de la maternidad subrogada- o de los derechos que vulnera esta práctica -si están en contra-.

Por eso, en el Capítulo 1 se expondrá la historia de la maternidad subrogada, es decir, sus antecedentes, para conocer cómo y dónde surgió y cómo se han solucionado algunos de los conflictos que han surgido por esta práctica en distintos países.

Después en el capítulo 2, se ofrecerán las definiciones para introducir al lector los distintos conceptos de maternidad y de maternidad subrogada para que entiendan de qué se trata el tema, así como las distintas clasificaciones que existen de la maternidad subrogada para que se conozcan los distintos escenarios que pueden pasar por el ejercicio de esta práctica.

En tercer lugar se dedicará el capítulo 3 a los derechos que alegan promover los que defienden la maternidad subrogada. En este apartado se pondrá sobre la mesa todos los argumentos a favor de la maternidad de alquiler continuando con los derechos que se pretenden promover cuando se da la misma.

En el capítulo 4 se hablará de los derechos violentados por la maternidad subrogada. En este capítulo señalamos los argumentos en contra y por consiguiente los derechos que se invocan vulnerados por el uso de esta práctica.

Y así junto con el capítulo anterior tener todos los argumentos a favor y en contra sobre el tema y poder así tener unas categorías adicionales para comparar las legislaciones de España con las de Tabasco y Sinaloa.

Por último en el capítulo 5, se comparará las legislaciones de la maternidad subrogada entre Tabasco, Sinaloa y España. En éste capítulo se explicará lo que dice la legislación de Tabasco y Sinaloa haciendo una comparación con respecto de la postura legislativa de España.

En la conclusión, se añadió el panorama global de la maternidad subrogada, para lograr una visión más amplia de cuál es la tendencia a seguir en cuanto a este tema, se decidió incorporar esta reflexión investigando los países en los que se encuentra permitido y los países en los que está prohibido para lograr una visión sobre la perspectiva global de esta práctica.

Dentro de los tipos de métodos de investigación que se van a usar en esta tesis serán los siguientes:

- a) Sistemático: se investigó y se analizó el presente tema con base en leyes de los Estados de Tabasco, Sinaloa, y la legislación de España y un panorama de índole global, con el fin de hacer una investigación más completa y profunda.
- b) Sociológico: se analizó cómo afecta y beneficia la maternidad subrogada a los derechos humanos sobre las partes que intervienen en la misma y los efectos sociales que genera en sus vidas.
- c) Comparativo: Se comparó la legislación de España con las legislaciones mexicanas de los Estados de Tabasco y Sinaloa
- d) Histórico: Se realizó una investigación sobre los antecedentes históricos de la maternidad subrogada

CAPITULO 1. ANTECEDENTES

1.1 Antecedentes

El origen de la maternidad subrogada es un tema controversial, pues se sostiene que esta es una práctica que data desde la Antigüedad. El Código del rey Hammurabi, creado en Mesopotamia en 1780 a.C. disponía que la mujer estéril, es decir, que no podía reproducirse por medios naturales y que su deseo fuera tener hijos, debía nombrar a una esclava, para que esta fuera tomada por su marido, con la finalidad de procreación, (Ley 146), perdiendo así el marido todo derecho a repudiar a su esposa. Si la esclava no daba hijos del esposo a su ama, esta podía venderla (Ley 147). Cuando la esclava proporcionada por la mujer, daba hijos al señor, no podía este último tomar concubina, (Ley 144). Si la mujer principal no daba hijos a su marido, ni le proporcionaba esclava para tenerlos, el marido podía tomar una concubina y recibirla en su casa como esposa, pero no de la misma categoría que la mujer principal.¹

El hombre siempre ha soñado con tener hijos y pese a la infertilidad incurable en aquellos tiempos, ha procurado por todos los medios, conseguir un heredero tan anhelado. La primera madre de alquiler conocida en la historia nació hace unos dos mil años, antes de Cristo en la tierra árida de Canaán, cerca de Hebrón. He aquí lo que dice al respecto el Antiguo testamento (Génesis 16). Saraí, la esposa de Abraham, era infértil y le ofreció a su marido la esclava Agar para que le gestara un hijo. Saraí dijo a Abraham; "Ya que el

¹ Historia de la gestación subrogada: antecedentes y casos previos: <https://www.babygest.es/historia-casos-previos-gestacion-subrogada/>. Fecha de consulta: 06 de septiembre de 2017.

Señor me impide ser madre, únete a mi esclava. Tal vez por medio de ella podré tener hijos". Y Abraham accedió al deseo de Saraí. Este fue el primer niño nacido por un programa de la llamada "gestación subrogada tradicional".²

Más concreta es la mención que se halló en unas tablillas cuneiformes descubiertas en 1948, en el yacimiento de Kültepe-Kanesh, en Turquía. Los investigadores descifraron una de las 25 000 tablillas y afirman que se trata de un contrato matrimonial.³

Dicho contrato estipula que el marido tiene la opción de recurrir a una prostituta sagrada (una *hieródula*) o a una esclava, en caso de que su esposa legítima no le pueda dar descendencia. El bebé se convierte entonces en el legítimo heredero y la mujer gestante recibe una importante donación o la libertad.⁴

Posteriormente la historia de las madres sustitutas comienza en 1975 en California, Estados Unidos, cuando un periódico de esa ciudad, publica un anuncio en el cual se solicita una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril, que por este servicio ofrecía una remuneración.⁵

Posteriormente se constituyeron diversas organizaciones profesionales tendientes a contactar a madres portadoras con parejas interesadas y desde luego, surgieron conflictos que debieron ser resueltos en los tribunales y su consiguiente debate social.⁶

² Maternidad subrogada en el Mundo: <http://surrogacy.ru/es/history.php>. Fecha de consulta: 6 de septiembre de 2017.

³ Historia de la gestación subrogada: antecedentes y casos previos: <https://www.babygest.es/historia-casos-previos-gestacion-subrogada/>. Fecha de consulta: 6 de septiembre de 2017.

⁴ *Idem.*

⁵ Nacimiento de la maternidad subrogada: <http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/22484/Capitulo1.pdf>. Fecha de consulta: 6 de septiembre de 2017.

⁶ *Idem.*

Uno de los casos más resonantes fue el denominado "Baby M" ocurrido en 1985, cuando el matrimonio Stern contrató con Mary Whitehead, la gestación para ellos de un niño, producto de una inseminación artificial, con semen del señor Stern. El Contrato plasmaba el compromiso, por parte de la madre portadora, de no crear una relación materno-filial con el bebé y la obligación de abortar, si de los test de amniocentesis surgía que el feto presentaba anomalías. La contraprestación ofrecida era de US \$10.000.⁷

El 27 de marzo de 1986, se produjo el nacimiento de Baby M, pero la madre portadora (además, dueña del óvulo) se negó a entregarla al matrimonio Stern y, el señor Whitehead procedió a reconocer a la niña como hija suya. La madre gestante aducía no poder desprenderse de su hija y en efecto, un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribirse el contrato no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de ello derivarían. Asimismo, un estudio de su personalidad, determinó la presencia de ciertas connotaciones psicológicas que le impedirían desprenderse del bebé.⁸

El juez de New Jersey, que actuó en primera instancia, entregó la custodia de la niña al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido. Esta sentencia fue apelada por la madre portadora y el Tribunal Supremo del estado procedió a la revocación del fallo, declarando la nulidad del contrato, aunque, mantuvo la tenencia a favor de los Stern, alegando razones en virtud de las cuales estos podrían proporcionar un hogar con mejores condiciones socio-económicas para Baby M. Luego de diez años, la Corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visita.⁹

⁷ *Idem.*

⁸ *Idem.*

⁹ *Idem.*

En 1982, en Francia, el doctor Sacha Geller fundó el CEFER (Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción), asociación destinada a vincular a parejas estériles con madres subrogadas. De esta forma, en 1983 en la ciudad de Montpellier, una mujer gestó un niño para su hermana gemela que padecía esterilidad.¹⁰

La experiencia en Italia, nos presenta el singular caso de una mujer que dio a luz a su hermano, ante la imposibilidad física (fundada en problemas de salud) de su madre para sobrellevar el embarazo y que deseaba tener un hijo de su nueva pareja. Acerca de este tema, la doctrina de ese país expresa que, en virtud de los principios instituidos en su Código Civil, la maternidad exige el presupuesto del parto y por ello, madre será quien ha llevado a cabo la gestación. Empero, algunos autores se inclinan por considerar tal, a aquella mujer que ha deseado tener al hijo (maternidad psicológica), en franca oposición con quienes remarcan con la mayor de las trascendencias la relación que se establece entre madre e hijo, durante la gestación, siendo ésta circunstancia la que debe primar en caso de conflicto, entre madre gestante y madre biológica.¹¹

Se puede observar en los párrafos anteriores, que la maternidad subrogada, es un hecho que existe desde la Antigüedad y que se han dado muchísimos casos en todas las partes del mundo y la doctrina y la forma en la que se han resuelto son diferentes en cada país.

¹⁰ GUITRÓN FUENTECILLA, J. "La genética y el Derecho familiar". *Rev. Tapia*, Año VII, N 36, oct. 1987, p. 73.

¹¹ GARCÍA RUBIO, MARI PAZ. "La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto del derecho civil español", *Rev. Tapia*, año VII, N 36, España, octubre 1987, p. 73.

CAPITULO 2. DEFINICIONES

2.1. Noción fundamental de maternidad

Debido a la globalización y aspectos tecnológicos, la figura jurídica de la maternidad ha tenido algunos cambios.

Gracias a este avance tecnológico, se le ha encontrado una nueva especie a la figura de la maternidad, el cual es la maternidad subrogada, en donde participan dos mujeres que suponen ser madres de un bebé y por esta causa es por la que necesitamos saber cuál es el verdadero significado de maternidad, para poder saber cuál de las dos madres involucradas es la madre del bebé o si quizá sean las dos.

La maternidad es una palabra que proviene de materno y significa "Estado o cualidad de madre."¹² Con ello se hace referencia a la relación existente entre la madre y/o los hijos, pues por madre se entiende "la mujer [que] es responsable de los hijos, de su cuidado y educación, la encargada de buscar una buena escuela, de vestirlos, bañarlos, alimentarlos, etc."¹³

Con esta definición, una madre no necesariamente es aquella que engendra al hijo, sino que también es aquella que lo cuida, educa y alimenta. Por lo tanto, podemos entender que en la maternidad subrogada, existen de hecho dos madres para el bebé. Una que es la que lo trajo a la vida y por otro lado, la mujer que lo cuida y vive por él toda la vida.

¹² Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22 edición, 1992, p. 1337.

¹³ CASANOVA, Martha P., *et al*, *Ser mujer, La formación de la identidad femenina*, Editorial Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1989.

La maternidad no solamente se refiere al hecho físico de ser madre, sino a los sentimientos que se presupone una madre debe de tener con respecto a sus hijas e hijos, sentimientos que varían considerablemente según la personalidad de cada mujer.¹⁴

Debido a lo dicho en este capítulo, podemos entender que en la maternidad subrogada, ambas madres, tanto la que presta su vientre para la gestación, como la que da el óvulo, tienen derechos respecto del bebé ¿pero cuál de estas dos tiene más derechos respecto del bebé?

La maternidad puede ser definida desde cuatro puntos de vista, primero, atendiendo a la raíz latina de la que procede, esto es, su significado etimológico, en segundo lugar por su significado gramatical, en tercer lugar desde su perspectiva biológica y finalmente por su significado jurídico, tanto en la ley como en la doctrina.¹⁵

A) Etimológico

La palabra madre procede del latín "*mater/matris*", la cual a su vez deriva del griego "*matér/matrós*", cuyo significado es madre.

Con posterioridad, en Roma se denominó con el término *Mater familias* a la esposa del *paterfamilias*, no con el objeto de conferir el mismo estatus dentro del núcleo familiar, sino simplemente como indicativo de ser la cónyuge de aquél, porque bien sabido es que la religión no colocaba a la mujer en un rango especial, pues aunque se le permitía participar en los actos religiosos, no se le consideraba la

¹⁴ CARRASCO, María José, *Mujer, trabajo y maternidad*, Universidad Pontificia Comillas Madrid, p. 11.

¹⁵ LÓPEZ FAUGIER, Irene, *La prueba científica de la Filiación*, Porrúa, México, 2005, p. 276.

señora del hogar donde carecía de autoridad y libertad, requiriendo en todos los actos de la vida religiosa un jefe y en los actos de la vida civil un tutor.¹⁶

B) Gramatical

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, maternidad significa:

"Estado o cualidad de madre", mientras el vocablo madre tiene las siguientes acepciones:

"Hembra que ha parido", "Hembra respecto de su hijo o hijos", "Mujer casada o viuda, cabeza de su casa".¹⁷

C) Biológico

Corresponde a aquella mujer que realiza su aporte biológico al nacimiento de la criatura. En este sentido tanto la madre genética como la madre gestacional deben ser tenidas como madres biológicas.¹⁸

Lo normal será que en una mujer se reúnan todos los factores mencionados; sin embargo, existen situaciones en que estos aspectos se presentan disociados, como por ejemplo, cuando la madre genética o gestacional no desee tener descendencia, en caso en el cual no concurre el factor volitivo o procreacional.¹⁹

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española, op cit.*, pp. 958 y 995.

¹⁸ Evolución del concepto de maternidad y de las acciones para impugnarla: <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjd812e/pdf/fjd812e-TH.2.pdf>. Fecha de consulta: 10 de octubre de 2017.

¹⁹ *Idem.*

Otro es el caso en que una mujer aporte su material genético a otra para que ésta conciba un hijo y lo deje para sí o después de darlo a luz se lo entregue.

D) Jurídico

La maternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción). Así también la maternidad es la relación real o supuesta de la madre con el descendiente.²⁰

Es decir que para efectos jurídicos la maternidad es la que corresponde a aquella mujer que es tenida como madre para todos los efectos legales.

2.2 Maternidad Voluntaria

La maternidad voluntaria es aquella facultad de las mujeres de decidir en su totalidad respecto de los acontecimientos que ocurren en su cuerpo, es decir, que tienen derecho a elegir voluntaria y libremente respecto de su maternidad, el derecho a procrear o no querer hacerlo. Por lo tanto, los derechos sexuales y reproductivos tienen la misma fuerza que cualquier otro derecho en sus múltiples dimensiones.

La aparición de las diversas modalidades de maternidad subrogada, suponen la intervención de diversas mujeres en el

²⁰ Filiación en la maternidad subrogada: <https://es.slideshare.net/anirix/maternidad-subrogada-48477641>. Fecha de consulta: 10 de octubre de 2017.

proceso de la procreación, quienes pueden participar con su material genético o a través de la gestación o simplemente, con su voluntad de asumir la maternidad legal del nacido.²¹

Contrario a lo que sucede con la paternidad, cuando hablamos de los padres se suele presentar como una actividad social y jurídica, la maternidad toda la vida se manifestó unida a la relación biológica que se establece entre la madre y el hijo durante el período de gestación.

2.3 Concepto Maternidad Subrogada

El término maternidad subrogada viene de la traducción de la expresión inglesa "*surrogated motherhood*". Dicha terminología no ha estado exenta de críticas, se sostiene que se trataría de un término con carácter funcional, ya que la maternidad implicaría algo más que llevar a cabo un embarazo.

Se ha entendido, como una variante de la fecundación *in vitro*, sin embargo, hay quienes sostienen que esta afirmación no es correcta, ya que la figura de la maternidad subrogada necesitaría de varias técnicas de reproducción asistida para su realización, entre ellas la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*, la implantación del embrión en el útero, dependiendo de la modalidad de que se trate.

En suma, la maternidad subrogada, se encuadra dentro de las técnicas de reproducción asistida, ya sea como variante de la fecundación *in vitro* o como una figura autónoma que deriva de una donación de óvulo o embrión.

²¹ MORÁN DE VICENZI, Claudia, *El Concepto de filiación en la fecundación artificial*, Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú, 2005. p. 191.

Se pueden distinguir, al menos, dos modalidades; la primera, se produce cuando una mujer aporta su óvulo para ser fecundado con el semen de un hombre miembro de la pareja que encargó el hijo gestado. La segunda surgiría de la implantación de un embrión en el útero de una mujer la cual, se compromete a entregar la criatura concebida al término del embarazo a la pareja que encarga la gestación.

La maternidad gestacional subrogada puede definirse como una variante dentro de las técnicas de reproducción asistida, que consiste en la implantación a una mujer de un embrión cuyo gameto femenino no fue aportado por ella. La mujer se compromete a realizar el proceso de gestación del embrión implantado en su vientre, al término del cual entregará el producto del parto a quien le ha solicitado el servicio.

Es el compromiso entre una mujer, llamada "mujer gestante", a través del cual ésta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación en favor de una persona o pareja comitente, llamados él o los "subrogantes", a quien o a quienes se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con él o los subrogantes. Esta técnica se concreta a partir de un acuerdo por el que una mujer, la "madre subrogada", "madre de alquiler" o "madre portadora", acepta someterse a las técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación a favor de un individuo o pareja comitente, también llamados "padres intencionales", a quienes se compromete a entregar el niño o niños que puedan nacer.

En esta figura, la maternidad se encuentra disociada en dos mujeres distintas: La que aporta su óvulo o madre genética que además será madre comitente y la mujer que llevará a cabo el embarazo o madre gestante.

Existen diversas circunstancias que podrían llevar a una mujer a recurrir a la maternidad gestacional subrogada, una de ellas y la más frecuente, dice relación, con problemas de infertilidad o esterilidad, los cuales han aumentado significativamente, entre las causas podemos mencionar a modo de ejemplo: el empleo abusivo de técnicas anticonceptivas, la automedicación, la postergación de la maternidad derivada de la inserción de la mujer al campo laboral, el estrés, el cual genera un serie de trastornos al sistema reproductivo de la mujer, entre otras.

Pero la maternidad gestacional subrogada puede aplicarse también, a casos en que no existen problemas de esterilidad o infertilidad, sino que la mujer mediante su voluntad decide someterse a esta técnica, ya sea porque quiere evitar los problemas y riesgos que implica un embarazo, o bien, desea prescindir del acto sexual. Este último caso, en que la mujer simplemente por un acto voluntario opta por la subrogación de la maternidad, es sin duda el que más críticas ha recibido por parte de la doctrina, ya que se sostiene que la libertad de la mujer en este ámbito tiene límites, pues al acudir con una madre sustituta, pone en riesgo a ésta, toda vez, que la razón principal, por la que la madre sustituta, aceptaría llevar a cabo dicho tratamiento, es por el dinero que pueda obtener de ello, quedando así, con un grave estado emocional, por lo que, se debe analizar si se trata de límites o en realidad la mujer simplemente tiene la libertad de decidir autónomamente de qué forma desea traer un hijo al mundo.

2.4 Definiciones de Maternidad Subrogada

A la maternidad subrogada se le comenzó a conocer como tal desde 1975 aproximadamente. A partir de entonces, han surgido diversas denominaciones, como son las siguientes 17:

- Alquiler de vientre
- Alquiler de útero, arrendamiento de útero
- Arrendamiento de vientre
- Donación temporaria de útero
- Gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro
- Gestación de sustitución
- Maternidad sustituta
- Gestación subrogada
- Madre portadora
- Maternidad de sustitución
- Maternidad suplente
- Maternidad de alquiler
- Maternidad de encargo
- Madres de alquiler
- Madres portadoras
- Vientre de alquiler
- *Surrogated motherhood*, su denominación en inglés

Atendiendo a estas definiciones, todas tienen como objetivo la solicitud que se hace a una mujer para gestar, aunque no todas las definiciones son correctas, por ejemplo: madre de alquiler, madres portadoras, alquiler de vientre y alquiler de útero no parecen ser correctas puesto que la maternidad subrogada no es un contrato de arrendamiento en donde es por tiempo determinado.

Varios autores definen la maternidad subrogada, sin embargo el autor Oliver Hurtado la define como "la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento.

Este concepto dice que una mujer gesta a un niño por otra, sin embargo no especifica las circunstancias de las mujeres, si tiene que ser soltera o casada, es decir, no importa si la subrogada es soltera o casada, simplemente es el acto por el cual la mujer gesta a un niño por otra mujer sin importar las circunstancias de esta.

El informe Warnock en Inglaterra, define el concepto subrogacy "como la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca".²²

El boletín de la facultad de derecho número 7 de 1994 señala que la maternidad subrogada "es una forma de maternidad biológica por la cual una mujer acepta llevar a cabo una gestación por acuerdo con una pareja heterosexual (matrimonio o pareja estable) irreversiblemente estéril, que responsabilizará la maternidad y paternidad de la descendencia a todos los efectos".²³

Por otro lado también se apunta que es un fenómeno de la última década que se presenta en países desarrollados y que consiste en que una mujer es contratada para que sea inseminada con el semen del marido de una mujer infértil o con el de un cedente y procrear de esa forma un hijo. Al nacer este, lo entrega al matrimonio que la contrató, cediendo la custodia del menor a favor del padre y

²² WARNOCK M. A., *Question Of Life. The Warnock Report. Human Fertilisation & Embriology, United Kingdom*, Basil Blackwell, 1985.

²³ Maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-1994-7-F4D6AC07&dsID=PDF>. Fecha de consulta: 10 de octubre de 2017.

renunciando a sus derechos materno - filiales para que el niño pueda ser adoptado por la pareja del padre.²⁴

Asimismo, una definición amplia y comúnmente aceptada por la doctrina es la que resulta de la sentencia no. 826 de la Sección 10a de la Audiencia Provincial de Valencia, España de 23 de noviembre de 2011, que establece que la gestación por sustitución: "Consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos".

La definición hecha por la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, España distingue elementos como el que una mujer presta su cuerpo para que le sea implantado un embrión ajeno llevando el embarazo para que personas que no pueden lograr una concepción puedan hacerlo a través de ésta. Así mismo habla sobre un contrato que puede ser oneroso o gratuito y como contraparte la mujer gestante se compromete a renunciar a los derechos como madre. También existe una pareja o persona, que puede aportar sus gametos o puede pedir los de una tercera persona para hacerlo, como puede ser el caso de una pareja homosexual en el que solo una persona aporte sus gametos y se produciría una ovodonación, en la que uno de los hombres aportara su esperma y la madre subrogada aporte el óvulo o incluso se puede buscar a una tercera mujer que lo aporte.

En la maternidad subrogada debe ser importante saber quién es la que aporta el óvulo, ya que a este aspecto no se le ha dado la

²⁴ MOSQUERA VÁZQUEZ, Clara, *Derecho y Genoma Humano*, Editorial San Marcos, Lima Perú, 1997, p.48.

debida importancia, pues si la solicitante (entendiendo por tal la persona que pide alquilar un vientre) no aporta el material genético, o sea, el óvulo, entonces nos preguntamos cómo podría alegar ser la madre del niño. Podría serlo sólo si lo adopta, de acuerdo a lo que la ley señale. En cambio, si la solicitante es la que aporta el óvulo, se crean lazos muy fuertes entre ella y el niño tales como la consanguinidad, la herencia, las características físicas y de personalidad. En tal caso, habría de señalar que en un futuro, el menor se parecerá físicamente a la mujer solicitante, pues el material genético que tiene pertenece a ella, y así como esto habrá muchas cosas afines entre la solicitante y el niño. En tal caso parece que no puede decirse que la única madre es la mujer gestante, pues la aportación de la mujer solicitante al dar su material genético es fundamental.²⁵

Atendiendo al párrafo anterior podemos ver que no podemos decir que únicamente es madre la mujer que va a gestar sino que también existen vínculos sanguíneos y genéticos que vinculan a la madre solicitante con el hijo nacido por una mujer subrogada por lo que debe ser considerada madre.

El tratadista Zannoni, citado por Mendoza García dice:

“... se alude a la maternidad subrogada o gestación por cuenta de otro, en el caso de que el embrión de una pareja sea implantado en el útero de otra mujer, quien llevará a cabo el embarazo y dará a luz al hijo en beneficio de esa pareja”.²⁶

²⁵ Maternidad subrogada, realidad actual, problemas y posibles soluciones: <http://dspace.umh.es/bitstream/11000/2309/1/González%20Pineda%20Borja.pdf>. Fecha de consulta: 1 de marzo de 2018.

²⁶ ZANNONI, E. *Derecho civil. Derecho de Familia*, 3a edición., Astrea, Buenos Aires 1998.

Del mismo modo, agrega, se conocen casos de mujeres que han consentido en ser inseminadas para concebir un hijo, una vez nacido, entregarán gratuitamente o por un precio al matrimonio constituido por el dador del semen y su esposa.

En cambio la verdadera subrogación presupone que el embrión es ajeno, esto es que ha sido implantado en una mujer que no ha aportado sus óvulos para la procreación.²⁷

La Iglesia católica, en su documento titulado Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, incluye bajo el rubro de madre sustitutiva a las dos hipótesis que maneja Zannoni de la siguiente forma:

- a) La mujer que lleva la gestación de un embrión implantado en su útero, que le es genéticamente ajeno, obtenido mediante la unión de gametos de donadores, con el compromiso de entregar al niño, inmediatamente después del nacimiento, a quien ha encargado o contratado la gestación.

- b) La mujer que lleva la gestación de un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio, fecundado mediante inseminación con esperma de un hombre diverso de su marido, con el compromiso de entregar el hijo, después de nacer, a quien ha encargado o contratado la gestación.²⁸

²⁷ MENDOZA GARCÍA, Isidro. *Problemática jurídica de la Maternidad Subrogada*, Tesis para obtener el Título de Licenciado en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, p. 80.

²⁸ ZANNONI, E. *Derecho civil. Derecho de Familia*, 3a edición., Astrea, Buenos Aires 1998.

La Iglesia católica a diferencia de Zannoni, Eduardo, clasifica dentro de maternidad subrogada a la madre que gesta al bebé y que recibe un óvulo o que incluso lo aporta ella misma, es decir la madre subrogada no necesariamente solo es aquella que recibe el óvulo donado sino que también puede ser madre subrogada, genética o biológica.

Delgado Calva propone el siguiente concepto de maternidad subrogada. Algunos elementos se tomaron de los conceptos vistos, otros, de los comentarios vertidos sobre las omisiones encontradas a los mismos. El concepto es el siguiente: "Es el acto jurídico mediante el cual un médico con experiencia en la materia, aplicará alguna de las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación in vitro), a una mujer denominada subrogada, quien será soltera, y lo permitirá por única vez, previo convenio que haga con otra mujer denominada subrogante, a fin de que se le implante el óvulo de la subrogante y el semen del esposo o concubina de éste, ambas mujeres y hombres mayores de edad, a cambio de que la subrogada reciba de la subrogante cierta cantidad de dinero más los gastos médicos necesarios, de modo que al finalizar el embarazo, la subrogada haga entrega del bebé a la subrogante".²⁹

De lo anterior, Delgado explica que los elementos del contrato concepto se desprenden los siguientes elementos:

- Acto jurídico
- Un médico con experiencia en la materia
- Técnicas de reproducción asistida
- Mujer denominada subrogada, quien será soltera

²⁹ DELGADO CALVA, Ana Soledad, *La Maternidad Subrogada: un Derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano*, Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, División de Estudios de Posgrado e Investigación, Programa de Posgrado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, p. 34.

- Mujer denominada subrogante, quien será casada o concubina
- Esposo o concubino de la subrogante
- Óvulo de la subrogante y el semen del esposo o concubino de ésta
- Convenio
- Mayores de edad
- Cierta cantidad de dinero más los gastos médicos necesarios
- La subrogada hará entrega del bebé a la subrogante
- Única vez.³⁰

Debido a las diferentes definiciones que existen con diferentes elementos que las componen es importante y también es necesaria una clasificación de maternidad subrogada puesto que algunos autores consideran elementos importantes si es gratuita u onerosa, o si la mujer gestante aporta su óvulo o no lo hace y es por todos estos diferentes elementos que la definición sigue sin ser precisa de modo que mejor se clasifica en diferentes términos:

- Comercial, cuando por prestar el útero, se paga una cantidad de dinero.

- Altruista o gratuita, cuando por prestar su útero, no se le remunera, cuando más la pareja paga los gastos del embarazo y del parto.³¹

De acuerdo con la participación genética de la mujer subrogada, existen otras clases de subrogación:

- Total, cuando la mujer contratada es inseminada aportando sus propios óvulos,

³⁰ *Ibidem*, pp. 48 y 49.

³¹ MENDOZA GARCÍA, Isidro. *Problemática jurídica de la Maternidad Subrogada*, Op. Cit., p. 81.

- Parcial, cuando solamente es gestadora del embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado.
- Comercial, la mujer contratada reciba una compensación económica.
- Altruista, la mujer contratada no recibe una compensación económica por la gestación.³²

2.5 Disociación de la definición de la Maternidad

La maternidad subrogada, ha hecho que aparezcan distintas formas de maternidad compartida, que la doctrina ha denominado según los niveles de intervención de cada una de las mujeres en la procreación. Por lo tanto se han clasificado de las siguientes modalidades:

- a) Maternidad Plena: es la que une la relación biológica (genética y gestativa) con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implican la maternidad.³³
- b) Maternidad Genética: Es la de quien se convierte en donante de óvulos. Es decir que la relación que se establece entre la mujer y el bebé en gestación se debe a la donación que hace la mujer hacia la mujer que es parte de la maternidad gestativa.
- c) Maternidad Gestativa: Cuando la mujer lleva adelante la gestación de un embrión que implica la maternidad.

³² HURTADO OLIVER, Xavier. *El derecho a la vida ¿y a la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido*. Problemas éticos, legales y religiosos, Editorial Porrúa, México, 1999, p. 54.

³³ MORÁN DE VICENZI, Claudia. *El Concepto de filiación ...*, Op. Cit., p. 191.

d) Maternidad Legal: La de quien asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin que existan entre ellos vínculos biológicos.³⁴

Ante este panorama la interrogante que se formuló respecto a la paternidad vuelve a repetirse con un cambio de género, esto es: ¿quién es la madre? La respuesta que hasta hace poco parecía ser unívoca, en el sentido de dar una mayor importancia al dato del parto, ha sufrido un cambio de orientación hacia la admisión de otros criterios que se consideran igualmente relevantes para determinar la maternidad.³⁵

Teniendo en cuenta la naturaleza de la maternidad, la segunda pregunta que viene de manera inmediata es que si las mujeres que intervinieron en el proceso de gestación, es decir, la madre genética, o legal son excluidas de manera terminante de la vida del nacido, o si les pueden reconocer algunos derechos debido a su actuación en el proceso de gestación.

La experiencia de los últimos años parece admitir una respuesta positiva. En efecto, en algunos casos, se ha reconocido algunas formas de maternidad compartida o si cabe el término, el de una madre de segundo grado.

2.6 Clases de maternidad subrogada

La doctrina considera estas dos clases de maternidad subrogada:

³⁴ *Idem.*

³⁵ *Ibidem*, p. 192.

- Madres por subrogación. Aquél caso en el cuál, la mujer fértil acuerda ser inseminada con el semen de un hombre y llevar a cabo la gestación de la criatura para finalmente al nacer esta hace entrega del nuevo ser por consiguiente es madre genética, gestante (maternidad biológica plena) y generadora.

- Madres "portadoras" o "sustitutas" o las llamadas "madres de alquiler". En este caso, una mujer que no puede gestar, pero, sí producir óvulos contrata con otra, es decir, la madre de alquiler, para que se implante en el útero de esta un embrión creado in vitro con gametos que puede ser de la pareja contratante o de donantes. En este caso quien da a luz al nuevo ser será la madre de alquiler y la que aportó el material genético podría ser considerada e incluso llamada madre genética.

A esta segunda modalidad, se le ha denominado maternidad gestacional subrogada, y es ésta figura la que será abordada por el presente trabajo. Se le ha denominado, también como "gestación por sustitución", "vientre de alquiler", "maternidad intervenida", "maternidad disociada", "gestación por contrato", "madre sustituta" o "madre de alquiler".

Brena Sesma, cita al autor Mosquera Vásquez³⁶, quien hace una distinción dentro de esta segunda modalidad, expresando que pueden presentarse seis variantes en el "alquiler de útero". Las cuales son:

- 1) Cuando tanto el semen como el óvulo proviene de la pareja "contratante".

³⁶ "La gestación subrogada ¿una nueva figura del derecho de familia?": <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3155/10.pdf>. Fecha de consulta: 2 de marzo de 2018.

- 2) Cuando el óvulo proviene de la esposa "contratante" y el semen de un "cedente".
- 3) Cuando el óvulo pertenece a un cedente y el semen al esposo "contratante".
- 4) Cuando tanto el óvulo como el semen provienen de cedentes.
- 5) Cuando el óvulo proviene de la "madre de alquiler" y el semen del esposo "contratante".
- 6) Cuando el óvulo proviene de la "madre de alquiler" y el semen de un "cedente".

2.7 Causas de la Maternidad Subrogada

Existen diversas causas por las que se presenta la maternidad subrogada; sin embargo, esta práctica empezó cuando se crearon las técnicas de reproducción asistida. Posteriormente que se conoció el uso y eficacia de dichas técnicas, surgieron otras causas que dan origen a la maternidad de alquiler.

1. Una de las causas por la que más se da la maternidad subrogada es debido a alguna enfermedad como puede ser la infertilidad de la persona o pareja, por lo que buscan a una mujer que les geste un bebé a favor de ellos.

2. Cuando una mujer es estéril, pero su óvulo es apto para realizar la fecundación. No puede gestar en su propio útero porque no lo tiene o por alguna malformación.

De las causas que se dan con mayor frecuencia son las relacionadas a la esterilidad y la infertilidad y en ocasiones por personas que desean conservar su forma física. Las otras formas son menos recurridas, sin embargo, existen casos, que aunque sean pocos no son por ello menos importantes; recordemos que de por medio se encuentra la vida y bienestar de un menor, por lo que se deben tener bien definidas las causas en que se puede permitir que surja la maternidad subrogada.³⁷

Estas causas son las mejores vistas para que se pueda dar la maternidad subrogada puesto que se deriva de una enfermedad biológica que no le permite alcanzar a la mujer la maternidad

3. Por estética, es decir, existen mujeres que desean tener un hijo pero no quieren que su cuerpo se malgaste por cuestiones del embarazo por lo que deciden contratar a alguien más para que su físico no se altere.

Esta causa es la menos aceptada para que se realice la maternidad subrogada puesto que son mujeres que buscan cuidar su aspecto físico.

4. Cuando una pareja de homosexuales, o un solo hombre, hace que se insemine artificialmente a una mujer con esperma de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo.

5. Cuando la mujer ha muerto y, antes de morir deja un embrión congelado, producto de unir su óvulo y el esperma de su marido mediante una fecundación in vitro.

³⁷ DELGADO CALVA, Ana Soledad, *La Maternidad Subrogada: un Derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano, Op Cit.*, p. 55.

2.8 Maternidad compartida y determinación de la maternidad legal

En los supuestos de maternidad subrogada propiamente dichos, en los que una mujer presta su aporte genético y lleva adelante la gestación, es indudable que madre es esta mujer, solución que es aceptada de manera unánime por la doctrina.

A diferencia de la situaciones en los que existe locación de útero, cambia completamente la situación ya que en este caso son dos las mujeres (o pueden llegar a participar hasta tres mujeres en la procreación), la madre comitente aportando su material genético y la madre subrogada llevando adelante la gestación y es por esto que existe una dificultad de establecer cuál de las dos mujeres tiene mayor influencia y mayores derechos respecto del bebé y por consecuencia quién de estas dos mujeres debe ser considerada como madre legal.

Un sector de la doctrina sostiene que las normas civiles exigen la concurrencia del dato biológico y del elemento voluntario. Por lo mismo, la maternidad deberá determinarse a favor de la mujer que ha contribuido sea mediante su aporte genético, sea por gestación y parto, y que, además, hubiese manifestado su voluntad de asumir el papel legal de madre.

Para estos casos excepcionales las diversas propuestas han hecho que extractemos algunas que no parecen interesantes soluciones, estas son: a) si cada una de las personas aportó un elemento (óvulo, parto, voluntad) , la maternidad debe recaer en alguna de las dos primeras, siempre que una de ellas esté casada con quién aportó el semen, de lo contrario se debe dar preferencia al criterio del parto; b) la misma conclusión es aplicable si las tres

mujeres desean tener el hijo para sí; c) si ninguna de las mujeres quisiera el hijo, como ocurriría si se hubiese tomado el óvulo de una para implantarlo en otra, no por voluntad de otra sino de un varón, entonces, se verifica la hipótesis de abandono con dar inicio a un procedimiento de adopción.

En España, las normas pensadas para la determinación de la filiación por naturaleza, cuyo fundamento es la verdad biológica, no acaban de encajar en un sistema en el cuál la procreación no tiene origen en la reproducción sexual y la filiación se determina por la voluntad, como es el derivado del recurso a las TRA. Si bien es cierto que esta clase de filiación puede tener una base biológica, extremo que en principio justificaría el recurso al esquema de la filiación por naturaleza, esta base no siempre tiene que existir respecto de ambos progenitores: piénsese, por ejemplo, en el recurso por pareja heterosexual a una técnica con material genético de donante masculino; o en el recurso a las TRA por una pareja de dos mujeres.³⁸

A su vez, una segunda tesis defiende la constitución del vínculo de maternidad a favor de la madre genética reconociendo bajo determinadas circunstancias un derecho irrenunciable y preferente de adopción a la mujer gestante. De acuerdo con esta corriente, el verdadero signo de la maternidad está constituido por la transmisión del patrimonio genético que sólo la fecundación, y no la gestación, puede ofrecer.³⁹

³⁸ "La filiación de la maternidad subrogada en España": https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2015-10000500061_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_filiaci%F3n_derivada_de_repro_ducci%F3n_asistida:_voluntad_y_biolog%EDA. Fecha de consulta: 24 de octubre de 2017.

³⁹ "Maternidad Subrogada": <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>. Fecha de consulta: 24 de octubre de 2017.

De acuerdo con una posición ecléctica, las soluciones anteriormente propuestas resultan indiscutibles, en tanto que consideran el problema desde una sola perspectiva. En realidad, la determinación de la maternidad se desarrolla en dos planos diferenciados, uno relativo al nacido, quien puede obligar a la madre, incluso judicialmente, a asumir el cumplimiento de sus deberes, y otro referido al sujeto procreador; quien puede ejercer sus derechos manifestando su voluntad de asumir la posición jurídica que le corresponde por haber participado en la procreación.⁴⁰

Ambos planos, que en algunos casos pueden resultar contrapuestos, se armonizan en razón a un criterio común: el de la protección de los intereses del menor, principio base de los actuales regímenes de filiación. Por este motivo, independientemente de la licitud o ilicitud de la maternidad subrogada, el nacido deberá tener la posibilidad de elegir entre la madre gestante y la madre genética. Efectivamente, no siempre la mujer que da a luz estará en las mejores condiciones para proteger los intereses del hijo; mientras que, con frecuencia, será la madre genética la que posea mayores recursos para garantizar el mantenimiento y desarrollo de aquél.

Independientemente de las posturas anteriores o de la licitud o ilicitud de la maternidad subrogada, se debe de analizar desde un punto de vista que busque la protección de los intereses del menor en donde el nacido deberá tener la posibilidad de elegir entre la madre gestante y la madre genética. Así mismo se ve con mayor frecuencia que la madre genética es la que tiene mayores recursos para garantizar el mantenimiento y desarrollo del bebé; en cambio la mujer que da a luz no siempre tiene las mejores condiciones para lograr la protección de los intereses del menor.

⁴⁰ "Filiación de la maternidad subrogada": <https://es.slideshare.net/anirix/maternidad-subrogada-48477641>. Fecha de consulta: 24 de octubre de 2017.

Por tanto, si el hijo puede tener interés en mantener el vínculo establecido con la madre uterina, es posible que también pueda tenerlo en recuperar la relación con la madre genética cuando la gestante haya rechazado o esté incapacitada para asumir la maternidad.⁴¹

Otra área importante de la doctrina reconoce la maternidad legal de la mujer que dio a luz argumentando que en el proceso de gestación se crea un vínculo psicofísico entre la madre gestante y el bebé dentro de su cuerpo y que se le deben dar los derechos de madre legal ya que contribuye a la formación del nuevo ser humano con la totalidad de su cuerpo.

La antedicha disociación entre maternidad genética y maternidad obstétrica o de gestación trae al Derecho una nueva perspectiva. Precisamente su mayor conquista, a lo largo del tiempo, en el empeño porque el hijo tuviera desde el nacimiento un progenitor al menos que se ocupara de él, se había alcanzado al considerar a la madre siempre cierta por el hecho mismo del parto. Convencimiento basado en las leyes de la biología que hoy se han superado ampliamente cuando la que alumbró puede no estar genéticamente vinculada al nacido.⁴²

La tendencia generalizada sigue inclinándose por la seguridad del parto como dato de referencia para el concepto jurídico de madre. Es una decisión perfectamente comprensible, incluso ajustada a la necesidad práctica, pero la concurrencia del evento de las madres sustitutas y de una legislación que permite la investigación de la

⁴¹ *Idem.*

⁴² BEITRÁN DE HEREDIA Y ONIS. P.: "Problemas legales ante el caso de un hijo producido por dos madres", en *Boletín de Información del Ilustre me Colegio de Abogados de Salamanca*. n. 5, 1984, pp. 8 y 9.

maternidad más allá de la realidad del parto provocan un desajuste social y biológico.

Por un lado, quién es perfectamente capaz de proporcionar un sano material genético puede encontrarse impedida para gestar y acude a otra mujer para que la complemente. La intención maternal, el llamado vínculo de sangre, coinciden en la que no alumbró. Es la mujer que quiere ser madre jurídica y el Derecho le cerraría las puertas.

De otro lado, si la que quiere tener un hijo precisa del óvulo de otra, sin que presente anomalías fisiológicas para gestar, aparecerá como madre por el parto y en principio, se ajusta a las exigencias jurídicas para ser la madre legal como pretende. Sin embargo, si alguno de los legitimados para impugnar dicho vínculo invoca en el proceso la práctica que se ha utilizado, o se ejecutan las pruebas biológicas, se concluiría que a pesar del parto la madre genética es otra. Aunque madres biológicas serían las dos, porque ambas colaboran con una faceta de orden biológico.⁴³

2.9 Paternidad y relación jurídica

Paternidad es un concepto que procede del latín *paternitas* y que refiere a la condición de ser padre. Esto quiere decir que el hombre que ha tenido un hijo accede a la paternidad".⁴⁴

⁴³ "Maternidad subrogada": <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>. Fecha de consulta: 30 octubre 2017.

⁴⁴ "Definición de paternidad": <https://definicion.de/paternidad/>. Fecha de consulta: 30 octubre 2017.

La paternidad alude a la relación biológica que une a una persona de sexo masculino con su descendencia directa, salvo el caso de paternidad por adopción que une a padre e hijo por elección.

Por otra parte, la paternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto, puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la filiación de la ley (adopción).

Moro Almaraz considera madre y padre:

- Genéticos son aquellos que aportan sus células germinales.
- Madre portadora o gestante la que soporta el embarazo, vaya a ser o no la madre legal.
- Y padres legales, aquellos que se determinan como tales en virtud de las normas de filiación.⁴⁵

En el Derecho Romano se hablaba de una regla llamada *pater is est*, en el cual el nacimiento de esta regla constituye en Roma una de las tres formas y la normal, de entrar a formar parte de la familia. Se hace miembro familiar el procreador en *iustae nuptiae*. Aunque el *pater familias* también tenía la facultad de aceptar extraños en la familia mediante la adopción.⁴⁶

⁴⁵ ALMARAZ, MORO, María Jesús. *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Colección, librería Bosch, Barcelona, España 1988.

⁴⁶ "Régimen jurídico de las presunciones": <https://books.google.com.mx/books?id=xpDt9tOzicsC&pg=PA71&lpg=PA71&dq=%22p&hl=es#v=onepage&q=%22p&f=false>. Fecha de consulta: 31 de octubre de 2017.

En el Derecho Romano existían los siguientes tipos de parentescos:

- **Agnación:** Vínculo familiar de carácter civil generado por estar sometido a la patria potestad de un mismo *paterfamilias* y que trae consecuencias jurídicas en temas civiles como la sucesión (herencia) y la adjudicación de tutelas, este vínculo de parentesco se producía entre los varones supeditados al *Pater*, es decir hijos, nietos, bisnietos, etc. y sus esposas. También entraban las hijas, nietas, bisnietas, del *Pater* que aún no se hubiesen casado, pues de ser así ellas conformarían vínculo de agnación con la familia de su esposo. En la mayoría de los casos la esposa también entraba en la familia agnaticia del *Pater*, por la constitución de Potestad *in Manus* accesoria al Matrimonio, convirtiéndose ella en agnada de sus hijos lo cual se denomina "*Loco Filiae*".⁴⁷

- **Cognación:** Era el parentesco por sangre, es decir, por línea de descendencia y que sólo constituyó efectos jurídicos civiles respecto al padre cuando existían matrimonios legítimos los hijos varones agnados respecto a un *paterfamilias*, también eran cognados entre sí, y las hijas sólo lo eran mientras estuvieran solteras, pues al casarse, como ya se mencionó anteriormente entraban en la familia agnaticia de su esposo.⁴⁸

El vínculo de cognación nunca se perdía cuando los hijos e hijas no eran fruto de un matrimonio romano legítimo sino de un concubinato, estos eran agnados de la familia de su madre y sólo cognados respecto a su padre.⁴⁹

⁴⁷ "Parentesco en el derecho romano": <http://derechoteorico.blogspot.mx/2012/06/parentesco-en-el-derecho-romano.html>

Fecha de consulta: 31 de octubre de 2017.

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ *Idem.*

•Afinidad: El parentesco por afinidad es el que nace por el matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus correspondientes parientes consanguíneos.⁵⁰

Como vemos en los párrafos anteriores, desde el antiguo Derecho Romano, se comprueba que siempre han existido distintos tipos de familias compuestas de diferentes formas ya que la relación sanguínea no siempre es la fuente de la paternidad; así mismo tampoco se han entendido de la misma forma la maternidad y paternidad.

También se puede decir que ni en la actualidad ni en tiempos antiguos, la biología era la única unión paterno-filial, puesto que había diversas formas para integrar a alguna persona a la familia o existían diversos tipos de parentescos, y nadie puede evitar que una persona exprese la declaración de la voluntad y origine un vínculo jurídico de paternidad o maternidad aunque no exista un lazo biológico o genético entre ellos.

Se dice ahora que con el resultado de las nuevas técnicas para la procreación estamos conociendo un nuevo sentido de la paternidad, o un nuevo tipo, que revoluciona los principios sentados por la tradición jurídica que ha de provocar inexcusables reformas en el actual Derecho de filiación de casi todos los países.

Con las prácticas de fecundación asistida, se intenta primar también la filiación del afecto, de la voluntad, de la intención de la apariencia, pero en el seno de una normativa ajustada a la filiación biológica. Por ello, el choque es inevitable.

50

“El
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3270/11.pdf>
consulta: 31 de octubre de 2017.

parentesco”:
Fecha de

Así mismo, con la inseminación artificial o fecundación in vitro se aporta mayor fiabilidad en el conocimiento de la derivación biológica ya que la donación de gametos permite que quien da a luz no coincida con el aporte genético.⁵¹

El problema de las prácticas de fecundación asistida empieza realmente con la madre subrogada ya que no existiría ningún problema si los gametos utilizados son los de la pareja y no se tuviera que alquilar algún vientre ya que el conflicto reside en la licitud de usar una segunda mujer como gestante de tu hijo, por lo que existe un rechazo moral.

Debido a los problemas que nos encontramos es necesario que los legisladores realicen una nueva búsqueda por una redefinición de paternidad para que puedan observar que existen varios tipos de parentesco y que desde la antigüedad existen distintos tipos de familia para poder decidir sobre una legislación en donde se tendrán que concretar cuáles son los supuestos, y en qué consisten.

2.10 Filiación

La filiación puede ser vista de dos perspectivas exclusivamente: la primera como una relación jurídica entre un padre y su hijo, o una madre y su hijo, por lo que siempre es bilateral; y como estado civil, es decir, como una especial posición de una persona en relación con su sociedad, tipificada normativamente.⁵²

⁵¹ "Proyecto de familia": <https://ivi.mx/tratamientos-reproduccion-asistida/fecundacion-in-vitro/> Fecha de consulta: 1 de noviembre de 2017.

⁵² "Paternidad y filiación": <http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/21883/Capitulo2.pdf> Fecha de consulta: 1 de noviembre de 2017.

También se define la filiación como “la relación jurídica entre progenitores (padre y madre) y sus descendientes (hijos e hijas); así también la definen como el vínculo existente entre el padre o la madre o la madre y sus hijos; visto desde el lado de los hijos, formando el núcleo social primario de la familia”.⁵³

Por otra parte, “la filiación biológica es diferente a la filiación legal, pues la primera deriva del hecho natural de la procreación, mientras la segunda se desprende del vínculo jurídico que liga a quiénes ante la ley son padres y madres e hijos o hijas. Entonces la filiación natural siempre va a existir, porque necesariamente todos los seres humanos somos el resultado de la unión sexual entre un hombre y una mujer, aun cuando éstos fuesen desconocidos”.⁵⁴

El legislador del Distrito Federal, hoy ciudad de México, autoriza de manera expresa a los cónyuges y por extensión los concubinos, para que en vida del cónyuge varón o del concubinario, la mujer pueda emplear las técnicas de reproducción asistida o inducida que sean necesarias y aplicables y que les proporcione a ambos, la posibilidad de llegar a ser padres y madres, respectivamente, sin embargo, no regula la intervención de una segunda mujer en el proceso de la gestación, figura conocida como maternidad sustituta o gestante.⁵⁵

En este caso del Código Civil para el Distrito Federal y el de Querétaro, así como en los Códigos familiares de Sonora y Zacatecas, se autoriza el empleo de las técnicas de reproducción asistida, pero no se regula la intervención de una segunda mujer en el proceso de

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ CONTRERAS LÓPEZ RAQUEL SANDRA, *Derecho civil para la familia*, México, Editorial Porrúa, 2014.

la gestación, por su parte el Código Civil de Tabasco y el Código Familiar de Sinaloa, autorizan ambos supuestos, en cambio el Código Civil de Coahuila de Zaragoza y el Familiar de San Luis Potosí, autorizan el empleo de las técnicas en cita pero prohíben la maternidad sustituta o gestante.

En cuanto a la filiación, en España se determina por el parto o nacimiento y el reconocimiento ante el Registro Civil o mediante la adopción. También mediante un proceso judicial en que se le reconozca como hijo o hija de determinada persona. Así se desprende del artículo 10.2 de la LTRHA, al señalar que: "La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto." Asimismo el apartado 3 del mismo artículo expone que: "Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales."

Por lo tanto, el padre biológico puede reclamar la paternidad, pero la madre aunque biológica, ya que ella ha podido poner su óvulo o proviene de un óvulo donado de otra mujer distinta de la gestante, esta madre solicitante no puede más que pedir la adopción.

CAPITULO 3. DERECHOS PROMOVIDOS POR LA MATERNIDAD SUBROGADA

El acceso a la reproducción asistida implica el ejercicio de ciertos derechos humanos, entre ellos el derecho a fundar una familia, a la igualdad, a la no discriminación, a la autonomía reproductiva y a la salud, contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Tratados Internacionales que México ha ratificado y que de acuerdo con el artículo 1º constitucional, son parte integrante de la Constitución, y en el caso de ser Tratados de Derechos humanos debe aplicarse la interpretación, que dé mayor protección a la persona.

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los Tratados Internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.⁵⁶

A su vez el artículo 4º de la Constitución establece que: "Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de Salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución".

⁵⁶ Constitución política de los estados unidos mexicano: <http://www.sct.gob.mx/JURE/doc/cpeum.pdf>. Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2017.

Agrega que, "...todas las personas tienen el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada el número de hijos que desean tener y el espaciamiento entre ellos."

Para ejercer plenamente este derecho, es necesario ampliar la cobertura de salud para asegurar la disponibilidad y el acceso a los servicios de planificación familiar, que deben incluir los métodos anticonceptivos, así como los servicios de reproducción asistida, como lo es la maternidad subrogada, debe regularse, pues de no hacerlo afecta aún más la estabilidad emocional de la madre gestante, por lo que se debe dar el otorgamiento de información y orientación veraz y suficiente que contribuya a la toma de decisiones libres, responsables e informadas en materia reproductiva.

La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, en 1994 en El Cairo, marcó un cambio fundamental en las actitudes hacia el crecimiento poblacional. Se abandonó el concepto clásico de control de la población y los programas masivos de planificación familiar, para centrarse en un enfoque basado en las necesidades y los derechos sociales y reproductivos de las personas adoptando, la mayoría de los estados, programas de acción.

Estableció además, que la promoción de la salud y los derechos reproductivos, así como el acceso universal a los servicios y a la información sobre salud sexual y reproductiva, constituyen estrategias que son clave para el bienestar de las sociedades, erradicar la pobreza y alcanzar los objetivos de desarrollo.

Así también, la formulación de los derechos reproductivos en el Plan de Acción de la IV Conferencia Mundial de la Mujer, Beijing 1995, dice:

Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.⁵⁷

El Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, en su apartado 7.17 hace mención explícita a las técnicas de reproducción asistida:

Se insta a los gobiernos, a todos los niveles, a que implanten sistemas de supervisión y evaluación de servicios orientados hacia el usuario, con miras a detectar, prevenir y controlar abusos por parte de los directores y proveedores de los servicios de planificación de la familia y a asegurar el mejoramiento constante de la calidad de los servicios. Con este fin, los gobiernos deberían garantizar la conformidad con los derechos humanos y la observancia de las normas éticas y profesionales en la prestación de los servicios de planificación de la familia y otros servicios conexos de salud reproductiva con el fin de asegurar el consentimiento responsable, voluntario e informado y también con respecto a la prestación de los servicios.

3.1 Libertad procreativa y derechos reproductivos

A) Libertad procreativa

El derecho a procrear, está consagrado en el artículo cuarto de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos, por lo tanto, el derecho de la mujer a decidir sobre los asuntos que implican su

⁵⁷ "Aplicación de los derechos humanos a la salud sexual y reproductiva": <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Reproductivesp.pdf>. Fecha de consulta: 4 de diciembre de 2017.

reproducción, se encuentra implícito dentro de esta, por lo que es necesario, se tome en cuenta la doble interpretación que se puede hacer, que la mujer, a costa de lo que sea pueda hacer lo necesario para tener hijo, incluso usar a otra persona como un instrumento, para lograr sus fines de procrear, sin tomar en cuenta los daños psicológicos que esto le pueden ocasionar a la madre sustituta.

La libertad de procreación, nos señala que somos libres para la determinación de tener hijos, esto en la cantidad y en el espacio de tiempo que cada uno decida. Esta es una libertad fundamental de un Estado laico y, aunque no se dice de manera expresa, queda implícito el derecho de las mujeres de recurrir a sistemas anticonceptivos. La intención es garantizar el derecho a la dignidad humana, cuidando que las mujeres no atenten contra sí mismas, siendo utilizadas como instrumentos, a cambio de ayuda económica.

Representa un derecho implícito al libre desarrollo de la personalidad. Su ejercicio es promovido dentro de los cauces del Estado Constitucional como un espacio de decisión personal respecto al modo, forma y condiciones en que los ciudadanos pueden ejercer su derecho a trascender. Las imposiciones del Estado respecto a la libertad reproductiva, si ellas son autoritarias y vulneran el derecho de los ciudadanos a decidir, deben ser descartadas, en tanto no puede el Estado sustituir a la persona humana en la toma de decisiones en el ámbito de este derecho, más aún si hay elementos de coacción. Por último, como valor predominante en una sociedad, el bien jurídico dignidad, goza de una asociación moral especial: si en la explicación de la ponderación de intereses, dicho bien resulta protegido o mejor tutelado, ello constituye una apuesta por la vida, por el trascender y por los imperativos morales.

La autodeterminación reproductiva consiste en la autonomía para decidir en los asuntos que solo le corresponden a la persona pero también puede afirmarse que se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y el derecho general de libertad que le es inherente.

La libertad para decidir, racionalmente y con responsabilidad sobre el momento adecuado u oportuno de la reproducción, la persona con quién procrear y reproducirse; y la forma o método para lograrlo. Toda mujer tiene el derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que está directamente relacionado con su decisión acerca de cuántos hijos tener, con quién y cuándo.

En definitiva, son compatibles con un Estado democrático y social de derecho las restricciones impuestas por el Estado como impedimentos para el ejercicio de la autodeterminación reproductiva. El Estado puede representar un mecanismo de coacción. No se discute que un Estado planifique e implemente políticas de control de natalidad. Su misión, en este sentido, es coadyuvar a que los ciudadanos puedan adoptar decisiones responsables en materia de planificación familiar.

B) Derechos Reproductivos

Los llamados derechos reproductivos no son absolutos, sino relativos; en la medida que tienen una doble naturaleza, son derechos subjetivos en cuanto la decisión sobre su puesta en ejercicio no requiere ningún tipo de intervención que no sea la estrictamente personal, y son al mismo tiempo objetivos, en tanto su plena realización sólo se consigue en el marco de las regulaciones jurídicas

proporcionadas desde el Estado, particularmente de aquellas normas prohibitivas, así como permisivas. Dentro de estas últimas, las que garantizan la información y el acceso a métodos o fórmulas que permitan hacer viable la autodeterminación reproductiva, sea la voluntad de procrear o de no procrear. Por esto, la necesidad de legislar sobre las situaciones de hecho que no están reguladas por ley, y así otorgar los medios o herramientas a la población, sobre situaciones que no se contemplen en la ley, con el objeto de dar certidumbre y protección jurídica a los miembros de la sociedad.

Hay quienes postulan la existencia del derecho a procrear y libertad reproductiva, como una manifestación del derecho a formar una familia pues, la descendencia constituiría un elemento de la esencia de cualquier forma familiar.

3.2 El Derecho a la intimidad

El Artículo 11 de la Convención Americana sobre derechos humanos, el cual trata el tema de la protección de la honra y de la dignidad. También está presente en documentos, tales como, la Declaración Universal de los Derechos Humanos; esta se refiere explícitamente al derecho de la intimidad en su artículo 12:

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación”.

Acorde con lo señalado en el artículo 17 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como se plantea en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en el artículo 8. Es decir, el tener la

facultad de decidir la forma de planificar la familia y tener acceso a métodos adecuados son parte de estas decisiones íntimas y privadas, lo que expresa la autonomía de las personas, esto es, la posibilidad de autodeterminarse para crear un plan de vida y actuar de acuerdo con el mismo.

3.3 Derechos a la privacidad y libertad

Se entiende que los derechos a la privacidad y libertad, tienen directa relación con el derecho a la intimidad y al derecho a procrear, ya que este último debe ser garantizado en torno a la libertad para seleccionar los medios necesarios para ejercitarlo.

Es necesario considerar eficaces los acuerdos de gestación por sustitución, pues esto implica otorgar valor a la autonomía de la voluntad en el aspecto de las libertades reproductivas, por lo que, si el Estado decide prohibir la maternidad subrogada sería como subestimar la capacidad de la mujer que decida por sí misma y aplicando una visión paternalista del Estado. Privando a los afectados a decidir qué es lo mejor para ellos, pues generalmente la madre sustituta que acepta llevar a cabo esos procedimientos lo hace por necesidad.

La declaración de nulidad de acuerdos de gestación por sustitución, conlleva a sobrevalorar los efectos de la gestación y el parto, por encima de la voluntad y la decisión, de ser madres o padres.

Una nueva corriente defiende la posibilidad de una maternidad meramente social. Así, contra la tendencia que ha venido

prevaleciendo en esta materia, se propone la modificación del dato del parto, sustituyéndolo por el de la libertad y responsabilidad por la procreación que además de coincidir con la voluntad de la pareja comitente es el criterio más favorable a los intereses del menor. En consecuencia, la maternidad deberá corresponder a la mujer sin cuya acción, al margen de su participación genética o biológica, no se habría dado inicio al proceso biológico que originó el nuevo ser humano, y que además desee el hijo para sí.⁵⁸

Las dificultades de aceptación de la sociedad, no puede ser causal de la limitación de derechos, más aún si no existen evidencias de daños a terceros por su aplicación.

En este sentido, debemos considerar, que cualquier cambio sobre costumbres, cultura o tradiciones arraigadas en la sociedad produce reacciones adversas.

La opinión de que la ley debe regular la conducta de acuerdo a la moral ha sido rechazada desde hace mucho tiempo. Por lo tanto, la moralidad convencional, no debe limitar la libertad de las personas, pero sí debe regularla al participar en actividades consensuadas cuando éstas puedan dañar a otros.

Dentro del derecho a la libertad podemos hablar también de la libertad reproductiva, que significa libertad de procrear o no, elegir cuándo, con quién y cómo hacerlo, y al derecho de las gestantes a servirse libremente de su cuerpo y no el de terceras personas.

En cuanto al argumento de la explotación o cosificación de la mujer gestante, si se trata de un acuerdo voluntario y libre hay que

⁵⁸ "Maternidad subrogada": <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>. Fecha de consulta: 6 de enero de 2018.

buscar los motivos del por qué se ha aceptado llevar a cabo dicha práctica.

Para algunos, el hecho de que la gestación por sustitución sea comercial, justifica que la subrogación deba prohibirse y que los contratos de gestación por sustitución no puedan ser ejecutables.

El argumento de la cosificación o comercio priva a la mujer del derecho a la privacidad y autodeterminación o autonomía de la voluntad.

Dar eficacia a la manifestación de voluntad de la mujer, es reconocer la importancia que en todas las técnicas de fecundación artificial asumen los actos que originan el nacimiento, en otras palabras, la responsabilidad por la procreación. Asimismo, la aplicación del nuevo criterio evita una injusta disparidad de trato entre el varón y la mujer: si el marido o compañero se convierte en padre por que dio su consentimiento a una fecundación heteróloga, la misma regla deberá aplicarse en la determinación de la maternidad.⁵⁹

En este sentido, se afirma la existencia del principio de la procreación libre y responsable y de la voluntad a la procreación como acto dual del varón y la mujer jurídicamente relevante, constituye un criterio válido para designar a la madre. Por ello en opinión del citado autor se debe determinar la maternidad de la mujer sin cuya acción conjuntamente con la de su compañero, no se hubiese efectuado el proceso biológico que da origen a un nuevo ser humano. Así, en los supuestos de maternidad subrogada o alquiler de vientre, se deberá reconocer como madre a la mujer que colaboró

⁵⁹ BALDINI, G.; *Volont e procreazione. Ricognizione delle principali questioni in tema di surrogazione di maternit*, Dir. Fam. e Pers., 1998, p. 765.

con el nacimiento del nacido, es decir, a quien desea ser la madre legal.

Como conclusión, la doctrina actual tiende a separar la maternidad del presupuesto biológico, defendiendo la existencia de una clase de maternidad basada en el acuerdo o en la voluntad.

3.4 Libertad sexual y reproductiva

La libertad sexual y reproductiva no se encuentra contemplada como tal, en nuestra Constitución, sin embargo, en los instrumentos adoptados por nuestro país sí, la Organización Mundial de la Salud define a la salud reproductiva como “el derecho de alcanzar el nivel más elevado posible de salud, en relación con la sexualidad”.

3.5 La Institución de la Familia

La Constitución mexicana contempla en su artículo 4: “...el varón y la mujer son iguales ante la ley ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia...”

Al referirse a los modelos de familia, no todas las Constituciones definen el concepto de “familia”. Algunas se refieren a la comunidad formada por cualquiera de los progenitores con sus descendientes, mientras que otras se basan en el matrimonio. Algunas consagran que las uniones de hecho producen efectos similares al matrimonio, pero otras basan la familia exclusivamente en el matrimonio.

La familia es la institución social más importante del orden jurídico y luego, del individuo, es el fin primordial de la actividad del

Estado. Todos los estados han desarrollado una esfera de protección por medio de normas constitucionales e incluso tratados y declaraciones internacionales.

La familia contempla tres finalidades: una natural (unión de hombre y mujer, procreación y conservación de la especie), otra moral espiritual (lazos de afecto, solidaridad, cuidado y educación de la prole); y una tercera de carácter económico (alimento y techo). Con base a estos fines, Hernán Corral la define como:

Aquella comunidad que, iniciada o basada en la unión permanente de un hombre y una mujer destinada a la realización de los actos propios de la generación, está integrada por personas que conviven bajo una autoridad directiva o las atribuciones de poder concedidas a una o más de ellas, adjuntan sus esfuerzos para lograr el sustento propio y desarrollo económico del grupo, y se hallan unidas por un afecto natural derivado de la relación de pareja o del parentesco, el que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente.⁶⁰

El deseo de preservar la familia considerada como elemento fundamental para la vida del hombre en comunidad, se ha traducido en una multiplicidad de consagraciones en textos jurídicos de la más alta jerarquía e importancia. En ellos el Estado o la comunidad internacional reconocen en la familia una realidad que es pre jurídica y no creada o diseñada por las normas legales emanadas de la autoridad política estatal o de otros organismos. Implica un respeto por la autonomía de los fines y la libertad de desarrollo de cada una de las familias para alcanzar estas finalidades; además del reconocimiento, el estado o la comunidad internacional se obligan a proporcionar una protección especial a la familia que la distingue de otras formaciones sociales o cuerpos intermedios a los cuales también se presta reconocimiento.

⁶⁰ CORRAL TALCIANI Hernán, "Concepto y reconocimiento legal de la Familia de hecho", vol 17, *Revista Chilena de Derecho*, 1994, p. 372.

Respecto de los derechos reproductivos, la mayoría de las Constituciones establecen medidas de protección a la maternidad y de salud materno infantil. La maternidad y paternidad responsables serán protegidas por el Estado. El derecho a la libre decisión en la planificación familiar, número y espaciamiento de los hijos; en algunos casos como derecho de la pareja y en otros de las personas.

La protección constitucional de estos derechos cobra una importancia particular pues su ejercicio está vinculado a la esfera privada de la vida de las personas, que es en la que suelen ocurrir las afectaciones más frecuentes a los derechos de las mujeres.

Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos.

En el inciso segundo del artículo 4º nuestra Carta Magna se reconoce el derecho a la libertad reproductiva, estableciendo lo que sigue: "...toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos..."

En cuanto a los criterios que se tienen en consideración para avalar la práctica de la maternidad subrogada, en primer término, como toda Técnica de Reproducción Asistida, permite la paternidad o la maternidad, su peso radica en la necesidad y el derecho de los

seres humanos a tener hijos biológicos. Considera la infertilidad como un problema que puede ser superado y a estas técnicas como un medio posible de lograrlo.

Pero no debemos fundarlos como contenido dentro de lo que es la salud sexual y reproductiva y a la intimidad y privacidad familiar, entre otros, como derechos humanos.

El artículo 17 de la Convención Americana, se refiere a la protección al derecho del hombre y la mujer a fundar una familia, es la base para garantizar los derechos reproductivos, y que contempla lo que es el derecho a formar una familia.

3.6 Derecho a no ser discriminado

En la dignidad humana no se encuentra en absoluto el único valor fundamental que debe asegurarse frente a la gestación por sustitución, sino que se debe pensar en la protección del matrimonio o de la familia, particularmente en su tradicional función procreadora.

La sociedad ha ido evolucionando, las familias tienen opciones, enfrentados a la infertilidad. La única limitante que podría considerarse es que la ciencia no pudiese tampoco dar solución a su problema. Por otro lado, la pobreza de muchas mujeres hace que estas lleguen a la decisión de aceptar prestar su vientre para llevar con ello la maternidad subrogada, aún y cuando no existe regulación jurídica, y que las técnicas de reproducción atenten contra su dignidad humana, por ello esto debe de irse legislando y así pudiésemos controlar mejor los posibles conflictos que pudieren conllevar, siempre brindando la protección más amplia en lo

económico, y buscando la mejor manera para que no se viole la dignidad humana.

Las limitaciones legales o las limitaciones que surgen de la falta de regulación legal, son discriminatorias porque provocan: Aumento del llamado "turismo reproductivo". Las parejas con recursos económicos siempre tienen la oportunidad, sin inconvenientes, de ir a los países donde la gestación por sustitución está permitida, afectando con ello a las personas de escasos recursos, que debido a esa situación económica, están tentadas a aceptar llevar a cabo el procedimiento de maternidad subrogada, por lo que en los lugares en los que sí está permitida la maternidad subrogada, existen afectaciones emocionales a la madre sustituta.

La realidad es que pese al vacío legal, las personas recurren a este procedimiento en los países donde está permitido, afectando con ello emocionalmente y discriminatoriamente a las madres sustitutas, por lo que además, el sistema jurídico de cualquier Estado en el cual no se regule esta situación, debe estar preparado para responder frente a la solicitud de inscripción de ese nacimiento producido en el extranjero.

La no discriminación, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 24 de la Convención Americana sobre derechos humanos:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Este artículo manifiesta la situación de las personas con problemas de infertilidad, para con las posibles madres sustitutas, para las cuales, proponen las técnicas de maternidad subrogada, la

cual es la única opción para tener un hijo y realizar su planificación familiar, por lo que por sus deseos insistentes de tener familia, llegan al grado de ofrecer una remuneración económica con tal de lograr su objetivo, así pues es necesario que esta práctica se regule, para que en su lugar se les otorguen o provean de los recursos o las herramientas legales dentro de lo posible, que las pueden proteger y regular, pues se está produciendo casos de discriminación sobre las madres gestantes, que va directamente en contra de sus derechos humanos, produciendo deliberadamente una afectación tanto discriminatoria, como emocional a la madre gestante.

Por último, pero no menos importante, la gestación por sustitución, viola el interés superior del niño, debido a que nace en una familia distinta, que si bien lo deseó, su realidad es que existe por la gestación por sustitución, es decir, es diferente a los demás niños nacidos de sus verdaderas madres. Además, el interés superior del niño exige la regularización de la gestación por sustitución, es decir, de un marco legal que lo proteja y le brinde seguridad jurídica.

La regulación de la maternidad subrogada ayudaría directamente el interés superior del niño. Puesto que sin regulación, y tomando en consideración que estas prácticas se realizan de igual forma, no existe protección al bebé nacido o del que está por nacer, en muchas ocasiones ha existido problemas para su inscripción y reconocimiento en los países en los cuales se niega la validez de este acuerdo. Sin embargo, debe respetarse su dignidad, protegiendo que sea amado y criado por las personas que deseaban que naciera.

3.7 Derecho a la salud

Todos los derechos anteriormente mencionados, deben ser coordinados con el derecho a la salud, primordialmente el derecho a la salud emocional. Es así como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el segundo párrafo de la Observación N° 14 señala que: "...existen numerosos instrumentos de derecho internacional que reconocen el derecho del ser humano a la salud."⁶¹

De acuerdo con lo anterior, en el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de derechos Humanos, se afirma que: Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios". Por otro lado, el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, establece en su párrafo 1 del artículo 12, que: "los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental."⁶²

3.8 Seguridad Jurídica

La seguridad jurídica generalmente se parte de ella como fundamentación del poder y que además de fundamentar el poder, es un valor fundante de los derechos. Sobre todo porque se parte de la premisa de que la seguridad jurídica complementa y refuerza la libertad.

⁶¹ Comité de derechos económicos, sociales y culturales: <https://www.ohchr.org/SP/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx>. Fecha de consulta: 11 de enero de 2018.

⁶² Declaración Universal de Derechos Humanos: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>. Fecha de consilta: 12 de enero de 2018.

La seguridad jurídica, supone la creación de un ámbito de certeza, de saber a qué atenerse, que pretende eliminar el miedo y favorecer un clima de confianza en las relaciones sociales, entre los seres humanos que intervienen y hacen posibles esas relaciones. Su capacidad procedimental de fortalecer los derechos humanos se fundamenta en su capacidad de crear las condiciones mínimas para la existencia de la libertad moral a través de una libertad de elección garantizada frente al temor y a la violencia de los demás.

La regulación de la maternidad subrogada otorgaría seguridad jurídica tanto para la madre gestante como las personas que desean tener un hijo puesto que brindaría todas las normas y procedimientos que se deben tener para realizar este procedimiento protegiendo de la mejor forma los derechos de ambas partes.

CAPITULO 4. POSTURAS EN CONTRA Y DERECHOS VIOLENTADOS POR LA MATERNIDAD SUBROGADA

4.1 Posturas en contra de la Maternidad Subrogada

La doctrina ha tomado varias posturas en contra de la legislación de la gestación subrogada.

Podemos mencionar que los argumentos en contra utilizados se basan en los siguientes aspectos:

En primer lugar que son contratos inmorales, que de celebrarse un convenio de esa naturaleza, sería nulo, de nulidad absoluta, por estar las personas fuera del comercio, no pudiendo las mismas ser objeto de relaciones jurídicas, ya que a ello se opone su dignidad y el respeto al ser humano.

Expresan que existe la alternativa de la adopción como medio de realizarse como padres. Sin embargo, implicaría someter a estas personas, que sufren de este conflicto, a una presión adicional de tener que optar por la única opción que el Estado paternalista les permite, sometiéndolos a una carga emocional mayor de saber que la ciencia les provee soluciones, sin embargo, el Estado se los prohíbe.

En estos casos, las personas deseosas de tener un hijo, se someten al proceso de adopción, y se ven enfrentados a la falta de "disponibilidad" de bebés para adoptar, con la consecuente espera durante varios años para hacerlo; así también, saber que en otros Estados sí tendrían mayores opciones, que evitarían años de angustia. Obviamente la adopción, es uno de los caminos que podemos ofrecer pero debe ser una decisión y no una obligación, el

tener que hacerlo porque no hay otra opción disponible o permitida porque la sociedad te lo impone.

Otra parte de la sociedad que está en contra, es la Iglesia católica y conservadores. Desde el punto de vista de la religión ven en la maternidad subrogada como una forma de enmascarar la explotación no solo de la mujer, sino del menor que va a nacer.

Declaran que va en contra del orden natural de la concepción humana y va totalmente en contra de la ética y la moral, lo que a largo plazo podría ocasionar problemas de identidad personal en los nacidos por este método. Los niños y las mujeres son seres humanos y bajo ningún concepto se les puede poner un precio: bajo su apariencia de solución, la subrogación es una forma de mercantilización. En su lugar, recomiendan recurrir a la adopción.

Otros argumentos en contra se refieren a quienes lo ven como una práctica que va totalmente en contra de los principios del feminismo como las posturas más conservadoras, entre las que se incluye la de la Iglesia católica.

Consideran también que el contrato de subrogación es una forma de imposición, puesto que es irrevocable una vez firmado, impidiendo así que la madre de alquiler pueda cambiar de opinión libremente a la hora de decidir quedarse con el bebé que ha traído al mundo por lo que podría implicar el control sexual de la mujer, mercantilización y el tráfico de mujeres y la creación de granjas de mujeres que se refieren a empresas que se dediquen a contratar mujeres de bajos recursos para tenerlas como gestando.

4.2 Derechos violentados por la Maternidad Subrogada

A) Interés del menor

El principio del interés superior del niño o niña, entendido como un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible.⁶³

Se plantea que la noción de interés superior es una garantía de que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.⁶⁴

Los argumentos en contra de la maternidad subrogada, se basan en los daños que pudiesen sufrir los niños que nacen como consecuencia de esta práctica. Se argumenta que esta puede provocar perjuicios al niño por el quiebre del vínculo materno que se establece durante la gestación, por las dificultades de aceptación social y por los inconvenientes que puede generar el tener que hacer frente a varias figuras maternas. Se sostiene que recurrir a la gestación por sustitución importa convertir al hijo en objeto de comercio; pretenden convertir al niño en objeto de propiedad, en cuanto es algo de lo que se puede disponer y celebrar acuerdos al respecto.

Algunos argumentos a favor se deben a la autonomía de la voluntad de las mujeres gestantes y de los padres biológicos, sin

⁶³ "El principio del interés superior de la niñez": http://www.derechosinfancia.org.mx/Derechos/conv_3.htm. Fecha de consulta: 1 de octubre 2018.

⁶⁴ *Idem*.

embargo aunque exista el deseo y la voluntad se mantenga firme a lo largo del tiempo no garantiza que sea lo mejor para el menor y que se proteja este derecho y el principio del interés del menor.

La Convención sobre los derechos del niño señala que la maternidad subrogada implica un riesgo en la comercialización del menor, ya que el hecho de que no esté regulado adecuadamente o totalmente prohibido lo lleva a la venta de niños y a la violación de los derechos del niño.

Cuando se da la maternidad subrogada existen dos formas de atribuir la filiación, la primera es mediante la atribución de la filiación a los comitentes antes del nacimiento del niño o bien tras el parto si la gestante se ratifica en su voluntad de renunciar al niño que ha gestado. El primero proporciona, en principio, una total seguridad jurídica para el niño pero a costa de instrumentalizar a la mujer. El segundo deja margen para la autonomía de la mujer pero generando una enorme incertidumbre sobre quiénes serán los padres del niño.⁶⁵

La maternidad subrogada priva al niño de la continuidad en la relación física y emocional que había establecido con la gestante e impide que se alimente de la leche de quien lo gestó. Despojar de valor a los procesos biológicos, emocionales y afectivos que envuelven a la gestación y el parto remite a unas prácticas del pasado que se demostraron inadecuadas tanto para la mujer como para el niño.⁶⁶

Se entiende que la maternidad biológica desempeñada por la gestante durante el embarazo no puede reducirse a un hecho irrelevante para la vida del menor y, por tanto, se debe reconocer el

⁶⁵ Comité de bioética de España, "Informe Del Comité De Bioética De España Sobre Los Aspectos Éticos Y Jurídicos De La Maternidad Subrogada", Madrid, 2017.

⁶⁶ *Idem.*

derecho del hijo a conocer esos orígenes biológicos, por lo que de permitirse esta actividad se debe garantizar el conocimiento de los orígenes biológicos del niño con fin de proteger el principio y los derechos del interés del menor.⁶⁷

Existe también un rechazo a la maternidad subrogada porque en algunas ocasiones el niño nacido queda en un limbo jurídico en cuanto a su nacionalidad, ya que personas extranjeras van a los países en donde se permite esta actividad para lograr tener un hijo pero cuando se regresan a su país de origen el gobierno no le otorga la nacionalidad al menor debido a la violación de la ley por lo que el menor queda sin nacionalidad y se le vulnera sus derechos humanos.

En un informe de 2015, la Conferencia de la Haya de derecho Internacional Privado alertaba sobre las graves amenazas que se cernían sobre los derechos humanos de los niños, en relación con los acuerdos de gestación subrogada internacional. Concretamente señalaba tres: 1) el abandono de niños por parte de los comitentes, bien por razones de salud o bien de preferencia de sexo; 2) la inadecuación de los comitentes para ser padres y riesgo de tráfico de niños; 3) el derecho del niño a conocer sus orígenes genéticos y biológicos.⁶⁸

B) Dignidad Humana

De acuerdo al *Diccionario Jurídico Mexicano*, el significado etimológico del término dignidad, proviene del latín *dignitas-atis* que

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ Informe del Comité de Bioética de España Sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf. Fecha de consulta: 1 de octubre de 2018.

significa "excelencia", "grandeza", donde cabe agregar que la dignidad que posee cada individuo es un valor intrínseco, puesto que no depende de factores externos.⁶⁹

Así la palabra dignidad no sólo significa grandeza y excelencia, es decir, el portador de esta cualidad no sólo se distingue y destaca entre los demás, sino también denota un merecimiento a un cierto tipo de trato. Es decir, la dignidad de la persona es un rasgo distintivo de los seres humanos que constituye a la persona como un fin en sí mismo, que no permite que sea un medio para otro fin, además de dotarlo de capacidad de autodeterminación, constituyendo un valor inherente a la persona humana para ser responsable de su vida y que le otorgue la facultad de exigir respeto. Por lo anterior, la noción de dignidad constituye el valor de cada persona, el respeto mínimo de su condición de ser humano, lo cual impide que su vida o su integridad sean sustituidas por otro valor social. Esto hace, que la dignidad humana, sea el principio esencial de los valores de autonomía, de seguridad, de igualdad y de libertad, los cuales fundamentan los distintos tipos de derechos humanos.

El Derecho Constitucional mexicano, no ha reconocido expresamente esta noción de dignidad humana, como fundamento de los derechos humanos, pero sí la acepta implícitamente al protegerlos en la misma Constitución, pues el artículo 1º, tercer párrafo, que señala que: "queda prohibida toda discriminación que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas". Además es protegida también a través de los Tratados a los cuáles se ha adherido.

⁶⁹ *Diccionario jurídico mexicano:*
<https://www.unamenlinea.unam.mx/recurso/84477-diccionario-juridico-mexicano>
Fecha de consulta: 1 de octubre de 2018.

Los elementos básicos que la doctrina reconoce en el concepto de dignidad, son la libertad y la autodeterminación y por otro lado, otras posturas ponen énfasis en la dignidad.

Es así como en la discusión en torno a la gestación subrogada se pone en juego una confrontación similar, de acuerdo a la noción de dignidad con la cual se aborda el problema, o más bien de acuerdo a los elementos del concepto de dignidad que se consideren más relevantes, y entonces se entenderá afectada o no, la dignidad del ser humano.

Si tomamos la concepción de dignidad, podemos decir que la madre sustituta sí se ve afectada puesto que como ser auto determinado y libre, es un instrumento y se ve afectada su libertad reproductiva y sexual, por lo tanto, pactar libremente, ejercer un acto volitivo y sin que ello la convierta en objeto del derecho, y por ende se atenta contra su dignidad, puesto que la mayoría de las mujeres se someten a ese procedimiento por malas condiciones económicas, por tanto carecen de uso de racionalidad y libertad de autodeterminación, puesto que decide someterse a esta técnica de reproducción asistida, atentando contra su dignidad humana.

La maternidad por subrogación es una cuestión que afecta directamente a los derechos humanos y en definitiva, a la dignidad humana. Por ello, si se quiere dar una adecuada respuesta a este tema, es imprescindible reflexionar sobre cómo dicha práctica afecta a la dignidad, a los derechos de las personas implicadas y más en concreto, a la madre gestante. En este estudio se intenta mostrar cómo en relación a esta última, la maternidad por subrogación contradice directamente algunas exigencias básicas de la dignidad

humana, ya que, en definitiva, mercantiliza, instrumentaliza, cosifica, discrimina y disgrega la unicidad personal de la mujer gestante.⁷⁰

El Parlamento Europeo, en su Resolución de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea, afirmó al respecto que: "Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos".⁷¹

La dignidad también remite a la idea de que la persona es un fin en sí mismo, por lo que nunca debe ser tratado sólo como un medio al servicio de fines ajenos.

No son meros fines subjetivos, cuya existencia, como efecto de nuestra acción, tiene un valor para nosotros, sino que son fines objetivos, esto es, seres cuya existencia es en sí misma un fin, y un fin tal que en su lugar no puede ponerse ningún otro fin para el cuál debieran ellas servir como medios... Los seres racionales se llaman personas porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado meramente como medio.⁷²

En la maternidad subrogada la mujer gestante se vuelve un fin de un tercero y la instrumentan como objeto de comercio para satisfacer las necesidades de alguien más.

⁷⁰ "Maternidad subrogada y dignidad de la mujer": <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/163.pdf> Fecha de consulta: 1 de octubre de 2018.

⁷¹ "Parlamento Europeo": http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0470_ES.html?redirect Fecha de consulta: 1 de octubre de 2018.

⁷² Kant, E. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres octava edición* Espasa-Calpe, Madrid, 1983, p. 83.

En la actualidad, en los países en los que la maternidad por subrogación es aceptada legalmente se la tiende a considerar como un contrato entre las partes. Su contenido suele ser denominado "servicio gestacional". De esta manera, el propio cuerpo de la madre, con todas sus implicaciones físicas, psíquicas, racionales y emocionales, es objeto de una transacción económica. Dicha transacción suele estar muy bien retribuida o "compensada", debido a las consecuencias físicas y psicológicas que la situación puede acarrear a la mujer. Estamos, por lo tanto, ante una forma de "auto-mercantilización" de una función humana, la reproductiva.⁷³

La realidad cotidiana de esta práctica ha demostrado que las mujeres que se encuentran más expuestas a ese tipo de explotación son las más pobres o vulnerables. De manera especial, en aquellos contextos culturales en los que existe una mayor subordinación de la mujer al varón y rigen estrictos sistemas patriarcales, las mujeres están especialmente desprotegidas ante la posible instrumentalización de su cuerpo y consiguiente utilización para fines ajenos.⁷⁴

La maternidad subrogada también implica la violación de la dignidad humana del menor, puesto que se puede entender que en esta actividad existe una remuneración o retribución a cambio de entregar al hijo, por lo que entraría en el supuesto de la venta de niños que se entiende como el acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de una remuneración o de cualquier otra retribución.

⁷³ "Maternidad subrogada y dignidad de la mujer": <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/163.pdf>. Fecha de consulta: 1 de octubre de 2018.

⁷⁴ *Idem*.

Tratándose de la dignidad del nacido a través de la gestación subrogada, también implicaría una vulneración a su dignidad, debido a que se trataría de una obligación de dar un hijo, en el sentido de transferir la propiedad de una persona, siendo una obligación de entregar un hijo a sus padres genéticos.

En los hijos habidos mediante gestación por sustitución comercial se incrementa el riesgo de la cosificación del niño en la medida en que los comitentes tienen la opción de elegir aspectos que afectan directamente a las condiciones de desarrollo del niño y a sus características futuras. Pueden elegir las características de uno o ambos de los gametos. Concretamente pueden elegir el sexo. Todas estas posibilidades afectarían la dignidad humana del menor.

C) Orden Público

Otro de los derechos vulnerados por la maternidad subrogada es el del orden público que se traduce en aquella situación o estado de normalidad o funcionamiento correcto de algo, en especial en las relaciones humanas dentro de una colectividad o un Estado.

La negativa a reconocer que la situación atribuida por la ley o por una decisión de autoridad en un país extranjero en el que la gestación por sustitución está admitida en otro en el que está prohibida, o no está contemplada o, sencillamente, sus consecuencias son contrarias a las de aquel país extranjero. El orden público en estos casos se constituye en un obstáculo potencial al reconocimiento.⁷⁵

⁷⁵ "Gestación por sustitución y orden público": http://www.academia.edu/32768784/Gestación_por_sustitución_y_orden_público. Fecha de consulta: 1 de octubre de 2018.

En muchos países se encuentra prohibida la maternidad subrogada puesto que lo consideran que va en contra de los derechos humanos, por lo que las personas que viven en estos países buscan realizar el procedimiento de maternidad subrogada en otros países donde sí se encuentra permitido, sin embargo cuando regresan a su país y quieren registrar al niño y establecer una filiación, el gobierno determina la nulidad de los contratos de gestación ya que en sus leyes establece que la filiación de los hijos nacidos por sustitución será determinada por el parto. Esto lo hacen con el fin de impedir la culminación de intentos de fraude a las leyes nacionales y del orden público.

D) Identidad e integridad de la madre gestante

En la medida en que se separa la gestación de la posterior crianza del niño, su valoración ética deberá partir del conocimiento acerca de la relación feto-madre que se establece durante la gestación y los efectos que la separación tras el nacimiento puede tener en cada uno de ellos. La gestación es una forma de simbiosis temporal entre el hijo y la madre que genera una huella corporal permanente en ambas partes. Es por esto que la maternidad subrogada afecta la identidad de la madre gestante ya que su cuerpo y especialmente el cerebro, de la mujer gestante cambian durante el embarazo. La mujer guarda en su cuerpo memoria de cada embarazo especialmente porque incorpora células madre procedentes de la sangre de aquellos que ha gestado. La progesterona del embarazo aumenta entre 10 y 100 veces en la región cerebral del hipotálamo. Reduce la respuesta emocional y física al estrés, impidiendo que el cortisol (hormona de estrés) dañe el desarrollo orgánico del feto. La gestación aumenta la producción de neurotransmisores cerebrales, como oxitocina, prolactina y dopamina

y estas moléculas regulan la actividad específica, desarrollan las conexiones del cerebro social y crean el vínculo de apego -cognitivo-afectivo- característico del cerebro materno. El profundo impacto del embarazo sobre la arquitectura cerebral es duradero y proporciona un apoyo preliminar para el proceso adaptativo que sirve la transición a la maternidad.⁷⁶

Por todo ello se entiende que en el contrato en donde se separe al niño inmediatamente después de nacer de su madre provoca que se vulnera el vínculo de identidad -derecho de identidad- de la madre ya que se creó una relación biológica indeleble en el interior de ella y por lo tanto se rompe esta conexión tan importante que se establece en la gestación. La huella biológica que hay en el hijo sobre su madre pierde su referente.

En la maternidad subrogada se violenta la integridad de la madre gestante, porque es casi imposible asegurar unas condiciones que no sean de explotación o que no promuevan la explotación de otras personas.

Se viola el derecho a la integridad de la mujer gestante no sólo sobre la base de "vender el cuerpo" sino sobre la base del desapego psicológico similar que es necesario para llevar a cabo el "servicio". Esta disociación, esta fragmentación del propio ser, entre lo que soy y lo que vendo, es increíblemente perjudicial para una persona porque rompe su integridad esencial.⁷⁷

⁷⁶ "Maternidad subrogada y dignidad de la mujer": <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/163.pdf>. Fecha de consulta: 1 de octubre de 2018.

⁷⁷ "Paremos la explotación sexual reproductiva de las mujeres y del mercado de bebés": <https://stopvientresdealquiler.wordpress.com/2017/07/05/vientres-de-alquiler-violacion-del-derecho-a-la-salud-materna-y-primal/>. Fecha de consulta: 2 de octubre de 2018.

CAPITULO 5. COMPARACIÓN ENTRE LAS LEGISLACIONES DE ESPAÑA Y LOS ESTADOS DE TABASCO, SINALOA CON RELACIÓN A LA MATERNIDAD SUBROGADA Y LOS DERECHOS HUMANOS PROMOVIDOS O VULNERADOS POR ESTA PRÁCTICA.

En este capítulo se hará una comparación de las legislaciones entre España y las legislaciones de los estados de Tabasco y Sinaloa.

Se decidió realizar la comparación de estos estados en particular (Tabasco y Sinaloa) debido a que son los estados de México que regulan la maternidad subrogada y así poder analizar cuáles son los derechos humanos promovidos o violentados por estas leyes.

Así mismo se realizará la comparación de las legislaciones de Tabasco y Sinaloa con España para poder tener dos perspectivas distintas de la regulación de la maternidad subrogada en lugares distintos y poder tener conclusiones distintas sobre el tema.

Para comparar esas legislaciones se eligieron las siguientes formas: enfrentando ambos modelos legales a partir de los contenidos normativos, obligaciones del Estado, procedimientos y organismos de monitoreo.

5.1 Tabasco

En el Código Civil de Tabasco, se permite la gestación subrogada, pero no se regulan en forma íntegra, no se establecen requisitos especiales, ni a las partes intervinientes, ni al tipo de instrumento que debe firmarse, sólo referencias aisladas que hacen deducir que existe y se permite la técnica médica, pero no estaba reglamentada en forma sistemática.

Por esta razón, se presentó una iniciativa de reforma al Código Civil del Estado, con el objeto de dar una regulación más clara y completa sobre la gestación subrogada. En este orden de cosas, se incluyó la modificación y agregación de artículos que regulen en forma íntegra esta institución. Así se incorpora, en el proyecto, la referencia a la madre gestante sustituta en el artículo 92, relativa a la sección de actas de nacimiento, y la iniciativa propone derogar los párrafos 3, 4 y 5 de este artículo; así como derogar la última parte de la fracción VII del artículo 67; del artículo 347 párrafo segundo y el artículo 354; por su parte, en el artículo 360, debiendo sustituirse la palabra contrato de maternidad sustituta por "Instrumento de subrogación gestacional". Ya que, a opinión de los parlamentarios que proponen esta reforma, no puede quedar supeditada la libertad de pactar a un mero contrato privado, sino que a un instrumento regulado en su totalidad por el Código Civil y con características especiales.

En definitiva, el proyecto de reforma presentado determinará que la maternidad subrogada, se efectúe a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer unidos por matrimonio o que viven en concubinato, en cuyo caso, la mujer casada o que vive en concubinato padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante sustituta que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.

Esta práctica médica deberá realizarse protegiendo en todo momento la dignidad de la persona y el interés superior del menor.

Se establece, entonces, como una práctica médica auxiliar para la procreación entre un hombre y una mujer. En otro aspecto, se

regulará que la maternidad subrogada se realice sin fines de lucro para los padres subrogados y la mujer gestante sustituta, además procurará el bienestar y el sano desarrollo del producto de la fecundación durante el periodo gestacional.

Los profesionales de salud que realicen esta práctica informarán ampliamente de las consecuencias médicas y legales de la implantación de células en el cuerpo de una mujer gestante sustituta. Más aún, actuarán con estricto apego al secreto profesional. Por otro lado, se prohíbe expresamente la crioconservación y la conservación de gametos humanos con fines de lucro o similares que atenten contra la dignidad humana.

El médico tratante, deberá solicitar los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir cumplen con las formalidades, y requisitos legales y físicos. No podrá realizar implantación de célula humana, sin que exista un Instrumento de Subrogación Gestacional firmado por las partes que intervendrán, y una vez que el profesional médico tenga a la vista los documentos en que consten las identidades y estas coincidan plenamente con las que se establezcan en el instrumento notarial. Este documento deberá contener la manifestación de las partes de que el Instrumento se suscribe sin ningún objeto de lucro, respetando la dignidad humana y el interés superior del menor.

El certificado de nacimiento será el documento que expida el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante sustituta en el nacimiento del menor y que llenará el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud, debiendo contener constancia de que la maternidad fue asistida a través de una técnica maternidad subrogada.

El Código Civil para el Estado de Tabasco —uno de los pioneros en reconocer a las técnicas de reproducción asistida como una posible solución cuando la mujer es incapaz de concebir o de gestar debido a causas físicas o psicológicas— distingue a la madre gestante sustituta, de la madre subrogada y de la madre contratante.⁷⁸

La primera de las figuras jurídicas, es decir, la madre gestante sustituta es aquella mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, pero no el componente genético. Por su parte, la madre subrogada provee el material genético y el gestante para la reproducción. La madre contratante es aquella mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.⁷⁹

La práctica en Tabasco permite que el contrato sea de carácter gratuito u oneroso. Respecto a este último punto encontramos que existe cierta aceptabilidad por la celebración del contrato de maternidad subrogada gratuito —contrato benévolo o con fines altruistas—, siempre que la mujer que admita ceder temporalmente su cuerpo otorgue su libre e informado consentimiento, al igual que su marido, si fuere casada. La mayoría rechaza el acuerdo oneroso de alquiler de útero, al equiparlo a un contrato de venta futura de hijo, prohibido por las legislaciones de los países y por los tratados internacionales, pues atenta contra la dignidad del ser humano, lo que significa que la persona no tiene precio y no puede ser considerada, bajo ninguna condición, como un simple instrumento. Ella excluye toda comercialización aunque sea parcial del cuerpo humano.

⁷⁸ “Maternidad subrogada. Una mirada a su regulación en México” <http://repositorio.gire.org.mx/bitstream/123456789/2679/1/72045844007.pdf>.

Fecha de consulta: 7 de septiembre de 2017.

⁷⁹ “Código Civil de Tabasco”: http://www.congresotabasco.gob.mx/LX/trabajo_legislativo/pdfs/codigos/CodigoCiv ilTabasco.pdf. Fecha de consulta: 7 de septiembre de 2017.

5.2 Sinaloa

A diferencia del estado de Tabasco, el Código Familiar del estado de Sinaloa, en su artículo 282, define a 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.

Dentro de las técnicas de reproducción asistida, el artículo 283 del Código Familiar del Estado de Sinaloa reconoce a la maternidad subrogada efectuada a través de 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.⁸⁰

Los requisitos que la legislación sinaloense exige para ser madre subrogada gestante son:⁸¹

- Tener entre veinticinco y treinta y cinco años de edad.

- Tener, al menos, un hijo consanguíneo sano.

⁸⁰ *Idem.*

⁸¹ *Idem.*

- Contar con una buena salud psicosomática.
- Haber dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre.
- No padecer alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna otra toxicomanía.
- Acreditar, mediante dictamen médico, 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.
- Comprobar que su entorno familiar sea estable, libre de violencia y su condición económica y social sea favorable para su adecuado desarrollo. Lo anterior se certificará a través de una visita domiciliaria practicada por personal de la unidad de trabajo social del hospital tratante.
- Realizarse junto con el padre subrogatorio todos los estudios que establezca la Secretaría de Salud y que sean necesarios para garantizar la salud física y mental de los implicados, a fin de evitar poner en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional.

El médico tratante será el encargado de practicar los exámenes médicos previos a la implantación.

Por su parte, dentro de las modalidades de la maternidad sustituta que se reconocen en el Estado de Sinaloa, se encuentran las siguientes:⁸²

⁸² *Idem.*

- Subrogación total, que 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, que es la que se da cuando la gestadora 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 altruista, que opera cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita.

- Subrogación onerosa, se produce cuando una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación.

5.3 España

En España la gestación subrogada se encuentra prohibida por el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Pero ha sido necesario dictar una Resolución de fecha 18 de febrero de 2009 y una posterior Instrucción de fecha 5 de octubre de 2010, ambas de la Dirección General de Registros y del Notariado, para permitir la inscripción registral de la filiación obtenida mediante dichas técnicas, llevadas a cabo fuera de España en países cuyos ordenamientos las permiten,

con el fin de salvaguardar el interés del menor y el derecho supremo del niño.⁸³

El art. 10 de la LTRHA señala:

Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales". Según este precepto, no está permitido en España el nacimiento de hijos mediante la gestación por sustitución. Pero es que, además, aparece tipificada como delito en el art. 221 del Código Penal la conducta de quienes, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación. Dicha conducta se castiga con penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años. Además, en el número 2 del mismo precepto, se castiga a la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.⁸⁴

Para evitar la aplicación de este precepto, algunos ciudadanos españoles han recurrido a otros ordenamientos jurídicos, que admiten la posibilidad de convertirse en padres del niño nacido de una mujer con la que se ha suscrito un contrato de "vientre de alquiler", solicitando posteriormente la inscripción de la filiación a su favor en el Registro Civil español.⁸⁵

La Dirección General de los Registros y del Notariado (en lo sucesivo, DGRN), en su Resolución de 18 de febrero de 2009, admitió la inscripción en el Registro Civil español de unos gemelos nacidos por gestación por sustitución en California, señalando que el

⁸³ "La maternidad subrogada en España" <http://academicae.unavarra.es/bitstream/handle/2454/9666/Ana%20Beorlegui%20.pdf?sequence=1>. Fecha de consulta: 05 de febrero de 2018.

⁸⁴ *Idem.*

⁸⁵ *Idem.*

documento auténtico extranjero, con fuerza en España según las leyes o los tratados internacionales, es título suficiente para inscribir el hecho de que da fe, por lo que el registrador debía inscribir a los niños como hijos de dos varones en virtud de los certificados de nacimiento expedidos en San Diego (California), aunque le conste que no es real lo expresado en los mismos. El fundamento en el que sustenta esta Resolución lo encuentra la DGRN en el art. 81 del Reglamento del Registro Civil, que establece que "El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las Leyes o a los Tratados internacionales". En virtud de este precepto, entiende la DGRN que la misión del Encargado del Registro civil consular se tiene que limitar a realizar un control formal de legalidad de la decisión registral extranjera en forma de certificación registral, sin entrar a valorar si el contenido de ésta se adecua o no al derecho positivo de nuestro ordenamiento jurídico.⁸⁶

La DGRN pone de relieve que nada impide en la legislación registral realizar la inscripción de conformidad con el artículo 81 RRC. El control de legalidad de las certificaciones registrales extranjeras para acceder al Registro Civil Español no exige que estas sean decisiones "idénticas" a las que se adoptarían en España, sino documentos públicos adoptados por una autoridad competente que desempeñe "funciones equivalentes" a las de las autoridades registrales españolas (en este caso particular, constatación de nacimiento y filiación del nacido), y que no produzcan efectos contrarios al orden público internacional español.⁸⁷

Además, la certificación registral californiana constituye una "auténtica decisión" que no vulnera el orden público internacional ni

⁸⁶ *Idem.*

⁸⁷ *Idem.*

lesiona principios jurídico básicos del derecho español, ya que se admite la filiación entre varones o entre dos mujeres en caso de adopción, porque en España está prohibida la discriminación por razón de sexo, tal y como establece el artículo 14 de la Constitución Española sin que quepa distinguir de esta forma entre hijos adoptados e hijos naturales, siendo ambos iguales ante la ley.⁸⁸

No permitir que la filiación de los nacidos constase a favor de dos varones resultaría discriminatorio por una razón de sexo, de acuerdo también con el ya mencionado artículo 14 de la Constitución española, puesto que el artículo 7.3 de la Ley 14/2006 permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres. De conformidad a este último, “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”.⁸⁹

Al respecto la resolución concluye que a pesar de que los contratos de gestación por sustitución están prohibidos expresamente en España, ello “no es aplicable a este caso, ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, sino de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera pueda acceder al Registro Civil Español con los mismos efectos”. Afirma que “estos menores nacidos en California ostentan la nacionalidad española, porque según el artículo 17.1 del Código Civil español, son españoles de origen los nacidos de español o española” señalando que “el citado precepto se refiere a los nacidos de padre o madre españoles y no a los hijos de padre o madre españoles”. Por tanto, el precepto no exige que haya quedado “determinado legalmente” la filiación. Es suficiente que quede acreditado el “hecho

⁸⁸ *Idem.*

⁸⁹ *Idem.*

físico de la generación". Por ello, para considerar "nacido" de español a un individuo, basta con que consten "indicios racionales de su generación física por progenitor español."⁹⁰

5.4 Comparación entre las legislaciones de Tabasco, Sinaloa y España

Para hacer un análisis comparativo de estas tres legislaciones voy a usar estas tres categorías: A) Contenidos normativos, es decir qué derechos se reconocen y cuáles son los bienes protegidos; B) obligación del Estado respecto de esta práctica, o bien qué dicen las leyes que el estado debe hacer respecto del derecho; C) procedimientos que se incluyen en la ley; D) organismos ante los cuales se ejercen los derechos de la práctica de la maternidad subrogada.

A) Contenidos normativos

El Código Civil de Tabasco permite la maternidad subrogada en dos modalidades:

1. La subrogada La cual implica que la gestante sea inseminada, aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido a la madre contratante mediante un procedimiento de adopción plena; en este supuesto, la mujer contratante no ejerce sus derechos reproductivos, en virtud de que el producto del embarazo no posee su carga genética.⁹¹

2. La sustituta: Implica que la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado por gametos aportados por la pareja o persona contratante; en este supuesto, la madre contratante hace efectivos sus derechos

⁹⁰ *Idem.*

⁹¹ "Órgano de difusión oficial del gobierno constitucional del estado libre y soberano de Tabasco": http://periodicos.tabasco.gob.mx/media/periodicos/7654_sup.pdf. Fecha de consulta: 20 de octubre de 2018.

reproductivos consagrados en el párrafo segundo del artículo 4 de la constitución federal.⁹²

Así mismo solo legitima esta acción a las personas que tengan problemas de esterilidad o infertilidad de la persona o pareja para llevar a término un embarazo y por incapacidad para soportar graves riesgos o consecuencias, a la propia salud o a la del producto.

El objetivo de la regulación 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 las mujeres y de los recién nacidos y, sobre todo, se respeten el interés superior del niño y la dignidad de las gestantes.⁹³

En Sinaloa la maternidad subrogada es legal y regulada por su Código Civil Familiar. En su propuesta de ley dice que: La falta de regulación propicia inseguridad jurídica, lo cual se puede traducir en cualquier tipo de abuso como el ser atendido por un médico no capacitado, costos altísimos y sobrevalorados, pero las ventajas de la regulación no son solo para las personas que quieren tener hijos, también el personal médico se ve beneficiado al tener una brújula que les dé seguridad jurídica en el actuar de su profesión.⁹⁴

Por otro lado, en Sinaloa, con las reformas que se hicieron sobre la maternidad subrogada, se busca proteger el derecho a la salud de las mujeres gestantes, ya que se especifica un rango de edad para ser mujer gestante para que no corra riesgo su vida. El estado de Sinaloa a diferencia de Tabasco condiciona la participación de mujer gestante a mujeres que hayan vivido la experiencia de ser

⁹² *Idem.*

⁹³ *Idem.*

⁹⁴ Maternidad subrogada y las situación jurídica de las mujeres en México https://www.uaeh.edu.mx/xiii_congreso_empoderamiento_fem/documentos/pdf/C033.pdf. Fecha de consulta: 20 de octubre de 2018.

madres y tengan al menos un hijo biológico sano, por igual condiciona la participación de la mujer gestante en no más de dos procesos reproductivos, mientras que a criterio de la ley tabasqueña, ello no representa impedimento alguno, para que mujer gestante, puedan donar el óvulo o portar el producto fecundado, luego de haber participado en más de dos eventos respecto de estas técnicas reproductivas como gestante.⁹⁵

El estado de Sinaloa permite que la subrogación sea de tipo altruista u onerosa, mientras que en Tabasco ese punto no se menciona.

En España la maternidad subrogada se encuentra prohibida debido a que buscan proteger la dignidad humana tanto de la mujer como del menor, es por esto que decidieron no regularla, sin embargo los españoles están saliendo de su país para buscar en otro país en donde sí se encuentre regulada la maternidad subrogada y poder acceder a tener un hijo. El problema se da cuando regresan con el hijo subrogado y el país español no quiere otorgarles la filiación por lo que la Dirección General de Registros y del Notariado firmó una resolución para permitir que se registre a los niños nacidos por gestación subrogada siempre y cuando se otorguen pruebas de ADN para comprobar la filiación.

España con la prohibición busca proteger derechos fundamentales de la mujer como lo es la dignidad humana y del interés del menor, así mismo intenta proteger el orden público.

La prohibición de esta práctica no limitó a los españoles para acceder a ella en otros países por lo que España se encontraba con un grave problema ya que tenía niños recién nacidos sin padres legales ni nacionalidad, lo que vulneraba el derechos del interés del

⁹⁵ *Idem.*

menor, por lo que con la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado lograron imputar la filiación a los hijos nacidos por maternidad subrogada a los padres que comprueben que los genes del menor y de ellos son compatibles (ADN) y así, el orden público no se vulnera ni los derechos de interés del menor.

B) Obligación del Estado respecto de la maternidad subrogada

En Tabasco, la Secretaría de Salud es quien controla todo el proceso de gestación sustituta y subrogada. Será esta dependencia gubernamental la que determinará el perfil clínico, psicológico y social de las gestantes sustitutas (trabajo que antes realizaban las agencias o empresas intermediarias). Además, que esta dependencia será la que requerirá los informes de cada caso de gestación a todas las demás dependencias gubernamentales, instituciones médicas y/o administrativas que intervengan en el proceso de gestación sustituta; como clínica de fertilidad, notario, médicos obstetras, juzgados, hospital elegido para nacimiento del menor, etc.

De igual manera, el Estado se obligó a ser quien controla el proceso de gestación por lo que prohibió intermediarios en el proceso. Pero por esta prohibición surgieron varias preguntas como ¿los mexicanos que no vivan en Tabasco cómo podrán conseguir una madre gestante que les ayude a conseguir su sueño de tener un hijo, si ya no habrá empresas que busquen mujeres gestantes sustitutas y hagan el enlace entre las partes? La respuesta es que el estado de Tabasco a través de su Secretaría de Salud será el enlace entre las partes.

En Sinaloa, la manera de llevar a cabo la maternidad es a través de un instrumento que podrá ser suscrito por las partes, siempre que posean capacidad de goce y ejercicio; se trate de ciudadano mexicano; y la madre subrogada demuestre mediante

certificado médico, expedido por el médico tratante, la imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.

A consecuencia del reconocimiento que Sinaloa hace de la maternidad subrogada como un servicio, en el referido instrumento deberá asentarse el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado para proceder a su firma por parte 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 —no habiendo lugar a la representación legal en el caso de la firma, pues los derechos y las obligaciones que de él emanan son personalísimos— Posteriormente, el instrumento deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud y 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 subrogados.⁹⁶

El Código Civil Familiar de Sinaloa establece a la Secretaría de Salud del Estado la obligación de pedir a la mujer gestante, al padre y a la madre subrogados hacerse los estudios que esta secretaría considera necesarios. Así mismo la Secretaría de Salud y el Oficial del Registro Civil deben ser notificados 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.

En el artículo 282 del Código Civil Familiar de Sinaloa dice: Se entiende por reproducción humana asistida, las prácticas clínicas y

⁹⁶ Código familiar del estado de Sinaloa: <http://armonizacion.cndh.org.mx/Content/Files/DMVLV/LMF/SIN-CF.pdf>. Fecha de consulta: 27 de octubre de 2018.

biológicas, para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante el conjunto de técnicas científicas 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.

Con este artículo el estado de Sinaloa se obliga a través de la Secretaría de Salud a llevar todos los procedimientos necesarios para acreditar y autorizar la práctica de la maternidad subrogada.

En España el estado no se obliga a nada con respecto de esta actividad puesto que se encuentra prohibida por el artículo 10 de la Ley 14/2006; sin embargo, debido a los problemas que tienen debido a que los españoles llegan con hijos nacidos por maternidad subrogada en el extranjero, realizaron una Resolución en la Dirección General de Registros y del Notariado en donde se obligan a otorgar la filiación a los padres subrogatorios siempre y cuando comprueben que son los padres biológicos del menor, es decir, que ese niño producto de la maternidad subrogada lleve los genes de los padres que intentan establecer una filiación.

C) Procedimientos

En Tabasco, los trámites a realizar por solicitantes de gestante sustituta consisten en: celebrar el acuerdo de gestación por contrato ante notario público, para posteriormente someter dicho acuerdo de gestación a la aprobación judicial correspondiente, donde una vez obtenida dicha aprobación, deberá ser notificarlo por la autoridad judicial, a la Secretaría de Salud y Registro Civil de la entidad tabasqueña. Mientras que tratándose de una madre subrogada, el trámite a seguir por la madre contratante, consiste en realizar por igual todo el trámite anterior, que se realiza para gestante sustituta, e

iniciar a continuación trámite de adopción plena para poder registrar ese menor como su hijo.

Esta última disposición, prolonga el trámite de renuncia legal de maternidad respecto de la madre subrogada, que a su vez es la madre biológica y gestante del recién nacido, en favor de la mujer contratante, quien deberá adoptarlo en compañía de su concubino o esposo, para ser declarados como padres legales, una vez se dicte resolución de adopción plena, que así lo disponga el juez en turno.

En Sinaloa, la legislación no otorga mayor protección a la mujer gestante tocante a garantizar atención o cuidado a la salud, respecto de enfermedades o riesgos derivados de su participación como gestante, omisión muy importante considerando que la gestante es madre de familia. Dejando a libre criterio de las partes la celebración de acuerdos, sin especificar derechos y obligaciones de ambos. Así como sanciones o penalidades en caso de incumplimiento. Tampoco señala el pago de gastos funerarios o indemnización a deudos para el caso de muerte o pago alguno por incapacidades derivadas de la gestación o alumbramiento.

Lo que se aprecia en la legislación de Sinaloa es el agilizar los procesos de filiación con respecto de los padres solicitantes y el hijo gestado, pues para ello basta el contrato celebrado ante notario público, que debió ser notificado dentro de las 24 horas siguientes a su firma tanto a la Secretaría de Salud como al Registro Civil de la entidad, para efecto que desde la fecundación se tengan como padres legales a los solicitantes. Lo que da lugar a un trámite sencillo, ágil y dinámico, tanto para los casos donde los solicitantes sean los padres biológicos, como por igual cuando haya existido donación de gametos.

Caso contrario ocurre en Tabasco, pues con respecto de las nuevas reformas, el procedimiento se traduce en complejo, estableciéndose dos tipos de procedimiento respecto a la participación de una madre gestante sustituta y una madre subrogada. El primero se refiere a que la mujer gestante no comparte carga genética con el producto de la concepción, fungiendo la mujer únicamente como gestadora. Mientras que en el segundo caso, madre subrogada, refiere a mujer que comparte carga genética con el hijo y además realiza el proceso de gestación.

Aunque la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (14/2006) no permite el embarazo subrogado en España, no está prohibido someterse a este proceso en el extranjero. Sin embargo, cuando esto ocurre, pueden surgir problemas a la hora de inscribir al menor como hijo de los padres de intención.⁹⁷

Hasta el 2010, los padres de intención debían luchar por conseguir la paternidad de su hijo, nacido en un país extranjero mediante la gestación por sustitución. Sin embargo, en octubre de 2010, la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) dictó una instrucción referente al régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación subrogada.⁹⁸

Esta instrucción permite la adjudicación directa de la filiación, siempre y cuando los padres de intención aporten una resolución judicial dictada por el Tribunal competente del país donde ha nacido el menor. En ella, debe quedar establecida la filiación del nacido en favor de los padres intencionales y no de la gestante subrogada, vulgarmente conocida como madre gestante o madre de alquiler.

⁹⁷ "Filiación y registro civil en casos de maternidad subrogada": <https://www.babygest.es/registro-civil-en-casos-de-maternidad-subrogada/>. Fecha de consulta: 28 de octubre de 2018.

⁹⁸ *Idem*.

Existe otra forma de proceder a la inscripción de los menores cuando la gestación subrogada se lleva a cabo en un país que no aporta resolución judicial que determina la filiación.

En estos casos, si el padre es el padre biológico, existe la posibilidad de atribuir la paternidad del nacido mediante gestación subrogada por los medios ordinarios regulados en la legislación española, permitiendo la inscripción del menor en el Registro Civil.

Con ello se refiere a las acciones generales de determinación legal de la filiación reguladas en los artículos 764 a 768 de la LEC.

Esta alternativa legal permite que el padre de intención pueda reclamar la paternidad aportando una prueba de ADN que confirme que es el padre biológico. De este modo, el bebé podrá ser registrado como hijo suyo y de la gestante. Posteriormente, con la renuncia de la gestante sobre la potestad del bebé, la mujer del padre biológico podrá adoptar al recién nacido en base a la legislación relativa a la adopción (artículo 176 a 178 de la Ley 21/1987).⁹⁹

D) Organismos ante los que se ejercen los derechos de la práctica de Maternidad subrogada

En Tabasco a partir del 13 de enero del año 2016, entraron en vigor modificaciones a su Código Civil, bajo el apartado denominado "De la gestación asistida y subrogada" que comprende los artículos 380 Bis, al 380 Bis 7, relativos a permitir la maternidad subrogada únicamente a mexicanos unidos en matrimonio o concubinato que enfrenten un problema de infertilidad o esterilidad comprobado.

⁹⁹ *Idem.*

Se otorgan facultades a la Secretaría de Salud de la Entidad para autorizar clínicas y llevar un registro que permita un mayor control y seguimiento a estas prácticas reproductivas.

En Sinaloa para poder lograr la práctica de la maternidad subrogada es necesario que se cumplan ciertos requisitos que dice el Código Familiar del Estado y posteriormente suscribirse un instrumento jurídico que deberá ser notificado a la Secretaría de Salud y al Oficial del Registro Civil, para que el menor nacido mediante esta práctica, sea contemplado en la filiación como hijo desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos.

En España, no hay un organismo o secretaría del estado ante el cual se pueda hacer valer estos derechos puesto que es ilegal en el país, sin embargo, los padres que tuvieron la práctica de la maternidad subrogada en el extranjero y llegan con el menor a España tienen que recurrir ante un tribunal competente que les reconozca la filiación del menor si comprueban que existe igualdad en el material genético del menor y de alguno de los padres, por lo que el organismo ante el cual se hace valer éste derecho es el poder judicial.

5.5 Comparación de los derechos humanos que se promueven o que protegen las legislaciones de Tabasco, Sinaloa y España

En los Estados de Sinaloa y Tabasco se decidió legislar respecto de la maternidad subrogada puesto que se considera que el derecho ha quedado rezagado a nuevos avances tecnológicos y humanos.

Las iniciativas de ley de estos dos estados, se deben al contexto de debate mundial en que estamos inmersos respecto de la maternidad subrogada, por lo que se consideró sumamente necesario

regular con mayor exhaustividad la gestación asistida y subrogada. El objetivo de estas reformas no es el de impedir una noble causa médica y científica que 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 respete el interés superior del niño y la dignidad humana de las madres gestantes.

Derivado de lo anterior, es claro que ambas iniciativas en lo esencial pretenden regular con mayor certeza, en beneficio del derecho superior de la niñez y la familia, el tema de la maternidad subrogada, con el objeto de establecer criterios específicos para la realización de este tipo de prácticas que benefician a aquellas personas, que derivado de una condición biológica, les está impedido procrear hijos, y evitar a su vez, que una novedad de la ciencia de la salud, creada para una causa noble, sea desvirtuada con el objeto de afectar de manera grave derechos fundamentales de los seres humanos, particularmente los infantes, a la vez que generar prácticas indeseables que rayan en la mercantilización y atentan contra los altos valores que busca tutelar el derecho de familia.¹⁰⁰

A diferencia de Sinaloa y Tabasco, en España se encuentra prohibida la maternidad subrogada debido a que intentan impedir que la mujer sea un instrumento para el fin de otras personas y se violente la dignidad humana por culpa de la mercantilización de la mujer y cosificación del menor, así mismo consideran que es importante el vínculo que se crea entre la madre y el bebé en los 9 meses de gestación y que al separarlos existe un daño psicológico tanto para la madre como para el menor por lo que se dañaría el derecho humano a la salud; sin embargo, al no existir un artículo que

¹⁰⁰ Organismo de difusión oficial del gobierno constitucional del Estado libre y soberano de Tabasco: http://periodicos.tabasco.gob.mx/media/periodicos/7654_sup.pdf. Fecha de consulta: 26 de octubre de 2018.

castigue la práctica de la maternidad subrogada en otro país, cuando los españoles llegan con el hijo concebido por esta práctica, el menor quedaba en un limbo jurídico sin nacionalidad ni padres por lo que existió una tendencia favorable al reconocimiento de decisiones judiciales en materia de filiación de estos niños que se manifestó con la instrucción de la Dirección General de Registro y del Notariado para permitir la inscripción registral de la filiación obtenida mediante la maternidad subrogada llevadas a cabo fuera de España en países cuyos ordenamientos las permiten, con el fin de salvaguardar el interés del menor y el derecho supremo del niño.

CAPITULO 6. PANORAMA GLOBAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA A NIVEL MUNDIAL

Con el objetivo de dar una amplia visión de lo que ocurre respecto de esta técnica de reproducción asistida de gestación subrogada, se ha pretendido a través de esta investigación, seleccionar distintos ordenamientos que dan un panorama global a nivel mundial, enfocándose en el estudio de Tabasco, Sinaloa y España, de las distintas formas de abordar el tema en cuestión, y dejar en evidencia la necesidad de que todos los Estados deben pronunciarse al respecto, por ello, se seleccionaron casos de ordenamiento jurídicos muy distintos unos de otros, con la perspectiva de ejemplificar los distintos enfoques propuestos dependiendo de la cultura y educación de los países, como se han manejado en el tema, los estados de la federación, ya sea, no prohibiendo o permitiendo su aplicación, determinado las limitaciones, derechos y obligaciones que plantean con el fin de evitar abusos en su aplicación.

6.1 Gestación Subrogada a nivel mundial

La tendencia en el derecho comparado es hacia la regulación y la flexibilización, muchos ordenamientos están regulando esta figura para dar respuestas a una práctica cada vez más frecuente, consecuentemente, el número de Estados que tienen leyes que regulan la gestación por sustitución está creciendo.

6.2 Prohibición de la gestación por sustitución

En algunos ordenamientos, tales como Francia, Alemania, Suecia, Suiza, Italia, Austria o España, la regla es la prohibición y la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución.

Admisión, solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones:

Tal es el caso del Reino Unido, Canadá, Brasil, Israel, Grecia, México DF, Australia, Queensland, New South Wales, South Australia (SA), Victoria (VIC), Western Australia (WA), Sudáfrica y Nueva Zelanda.

Este tipo de regulación se puede dividir en dos grupos: El primer grupo; regula un proceso de "pre-aprobación" de los acuerdos de gestación por sustitución, mediante el cual los comitentes y la gestante deberán presentar su arreglo ante un organismo (ya sea un juez, tribunal o comité) para que lo apruebe antes de proceder con el tratamiento médico.

Estos organismos deben verificar el cumplimiento de las condiciones previstas en la legislación.

Este procedimiento es protector frente a incertidumbres jurídicas y los cambios psicológicos o de parecer debido a que el sistema requiere que el acuerdo sea aprobado antes de la concepción y prevé que todas las partes involucradas estén de acuerdo desde el principio. Si bien puede no evitar por completo las futuras controversias que puedan surgir sí las disminuye y, en su caso, la hace más fáciles de tratar.

En el segundo grupo, la regulación se refiere a poner en marcha un procedimiento para que los comitentes obtengan la paternidad legal del niño nacido como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución *ex post facto*. Aquí, la atención se centra en la transferencia de la filiación post-parto. El segundo sistema es más protector de la gestante. No pone en peligro su derecho a adoptar decisiones autónomas con respecto a su embarazo; conserva la regla tradicional de establecimiento de la maternidad (*mater semper certa est*), y protege el derecho de la gestante a un cambio de parecer. Adolece, sin embargo, de cierta ambigüedad, ya que esto implica que la gestante es también madre, lo que socava o se enfrenta con la propia filosofía de la figura de la gestación por sustitución.

6.3 Admisión amplia

Tal es el caso de Georgia, Ucrania, India, Rusia y algunos Estados de los Estados Unidos, entre otros.

En Brasil, se acepta el alquiler de vientres sólo si un pariente está dispuesto a someterse a dicho procedimiento. No se admite, en principio, la comercialización de este procedimiento. En este sentido, la posición de Brasil, es una de las más “abiertas” de la región.

CONCLUSIONES

1. Debido a la naturaleza humana y el deseo de las personas de procrear y trascender, la ciencia y la tecnología han desarrollado procedimientos y técnicas para la consecución de la concepción por métodos alternos al natural.

2. La definición más acertada de la maternidad subrogada es la variante dentro de las técnicas de reproducción asistida, que consiste en la implantación a una mujer de un embrión cuyo gameto femenino no fue aportado por ella. La mujer se compromete a realizar el proceso de gestación del embrión implantado en su vientre, al término del cual entregará el producto del parto a quien le ha solicitado el servicio.

Sin embargo, existen distintas definiciones respecto de la maternidad subrogada ya que para muchos autores, la maternidad subrogada es aquella que gesta al bebé aportando o no sus genes, sin embargo muchos otros autores especializados en esta materia no lo consideran así, puesto que dicen que solo existe la maternidad subrogada cuando la madre que va a gestar no aporta sus genes sino que son aportados por la pareja que desea y que tiene la voluntad de tener un bebé por medio de otra mujer.

Debido a las diferentes definiciones que existen con diferentes elementos que las componen es importante y también es necesaria una clasificación de maternidad subrogada puesto que algunos autores consideran elementos importantes si es gratuita u onerosa, o si la mujer gestante aporta su óvulo o no lo hace y es por todos estos diferentes elementos que la definición sigue sin ser precisa.

Por consecuencia de las distintas definiciones que existen de la maternidad subrogada se hace una clasificación de la siguiente manera: comercial, cuando por prestar el útero, se paga una cantidad de dinero y altruista o gratuita si se hace por caridad y de acuerdo con la participación genética de la mujer subrogada, existen otras clases de subrogación: total, parcial y comercial.

3. La maternidad subrogada es un tema bastante complejo debido a cuestiones éticas y sociales, por lo que existen diversas posturas y argumentos a favor y en contra.

Las personas que están a favor de esta práctica es porque dicen que el acceso a la reproducción asistida implica el ejercicio de ciertos derechos humanos como el de fundar una familia, igualdad, no discriminación, autonomía reproductiva, salud, a la intimidad, a la privacidad, autonomía de la voluntad.

4. Así como existen argumentos a favor y derechos promovidos por la maternidad subrogada, también existen posturas en contra que la doctrina ha tomado en consideración para prohibir la práctica de esta actividad.

Los argumentos en contra se deben a que cuando se da la maternidad subrogada existen varios derechos violentados como: Interés del menor, la dignidad humana, identidad de la madre, derecho a la salud y orden público.

5. En el análisis comparativo de los estados de Tabasco, Sinaloa y el país español respecto de los derechos humanos que se protegen o promueven en relación a la maternidad subrogada podemos ver que a los tres les interesa proteger el derecho humano de la dignidad humana y el interés superior del menor, sin embargo Sinaloa y

Tabasco creen que la mejor forma de hacerlo es creando una ley apropiada para que se realice esta práctica de la mejor manera sin vulnerar dichos derechos. A diferencia de España que considera que la mejor forma de proteger los derechos humanos es con la prohibición, pero al encontrarse con el problema de que los españoles salen al extranjero en búsqueda de realizar la práctica de la maternidad subrogada en países donde sí se permite y al regresar con el niño a España se encuentran con que el país no les otorgaba la filiación, se emite una instrucción para que el registro civil les otorgue la filiación siempre y cuando puedan comprobar que existe un lazo genético entre el niño producto de la maternidad subrogada y los padres que deseaban tenerlo.

6. Para concluir, se realizó una análisis sobre el panorama global sobre la maternidad subrogada a nivel mundial para mostrarle al lector cuál es la tendencia que se tiene en cuanto a este tema. La tendencia en el derecho comparado es hacia la regulación y la flexibilización; muchos ordenamientos están regulando esta figura para dar respuestas a una práctica cada vez más frecuente, consecuentemente, el número de Estados que tienen leyes que regulan la gestación por sustitución está creciendo.

PROPUESTAS

En sesión de 21 de noviembre de 2018, la Primera Sala de la Suprema Corte resolvió el amparo en revisión 553/2018.

En el caso, un matrimonio homosexual de varones, mediante procedimiento de maternidad subrogada a que se sometió una mujer –con la fecundación lograda con el esperma proveniente de un miembro de la pareja y el óvulo de una donante anónima– logró la procreación de un hijo con nexo biológico, por lo que solicitaron por escrito al Registro Civil de Yucatán inscribir al menor con los apellidos de ambos integrantes del matrimonio, el que les negó dicha inscripción argumentando, en esencia, que la legislación en la materia no lo preveía, en tanto el derecho al nombre devenía del parentesco por consanguinidad, que surge de la relación genética entre el menor y sus progenitores. Inconformes, promovieron amparo.¹⁰¹

El Juez de Distrito determinó que no se podía reconocer el vínculo filial entre el menor y la pareja debido a la imposibilidad de verificar si se habían respetado las garantías mínimas en la práctica del vientre subrogado e, incluso, que con la documentación exhibida no era posible acreditar que el menor había sido concebido mediante dicha práctica. Señaló que lo anterior no implicaba que la gestación mediante vientre subrogado fuera ilegal, sino que debía darse un seguimiento eficaz a dicho método y el registro del menor debía hacerse previa autorización judicial o mediante el procedimiento de adopción. En contra de dicha determinación, la pareja interpuso el recurso de revisión, que fue atraído por este Alto Tribunal.¹⁰²

¹⁰¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación: <http://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=5795>. Fecha de consulta: 1 de febrero de 2019.

¹⁰² *Idem*.

La Primera Sala concedió el amparo para que el menor sea registrado como hijo de los aquí quejosos, al considerar que de este modo se garantiza la vigencia del derecho del niño a tener una identidad y ser inscrito en el Registro Civil; el derecho de los quejosos a su vida privada y a procrear mediante el acceso a las técnicas de reproducción asistida y el derecho de la tercera interesada (madre subrogada) también a su vida privada y libre desarrollo de la personalidad.¹⁰³

En ese sentido y considerando que el derecho a convertirse en padre o madre es de toda persona, sin distinción en cuanto a preferencia sexual, tal como se prescribe en el artículo 1º de la Constitución y el 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe reconocerse el derecho a las parejas homosexuales y heterosexuales para acceder a los adelantos de la ciencia en materia de reproducción asistida, y a convertirse en padres o madres a través de esos métodos.¹⁰⁴

Los requisitos, condiciones o procedimientos que deban seguirse para llevar a cabo la maternidad subrogada, en que se cuide la protección de los derechos del niño y de la madre gestante, además de lo correspondiente a quienes pretenden acceder a esa técnica para convertirse en padres, así como la constitucionalidad de esa técnica, excede la materia de este recurso; pero ante la realidad fáctica, en que hay un niño nacido mediante el uso de esa técnica, sí corresponde a la Suprema Corte analizar cómo debe establecerse la filiación del menor involucrado, a la luz de su interés superior y definir si en el establecimiento de su filiación es estrictamente necesaria la existencia de un vínculo biológico.¹⁰⁵

¹⁰³ *Idem.*

¹⁰⁴ *Idem.*

¹⁰⁵ *Idem.*

En ese sentido, la Primera Sala argumentó que se permite el establecimiento de la filiación jurídica incluso ante la falta de vínculo biológico, pero a la vez se señalan acciones para que, en caso de que surja una controversia derivada de la no correspondencia de la filiación biológica con la jurídica, los tribunales puedan conocerla, ponderar los intereses y principios en conflicto y resolver qué exige el interés superior del menor. 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.¹⁰⁶

Reforma al código civil de Tabasco y Sinaloa

Como se menciona anteriormente la postura de la Suprema Corte de Justicia va encaminada a permitir la maternidad subrogada para parejas homosexuales y heterosexuales, con el argumento de proteger la igualdad de las personas, la dignidad humana, el interés superior del menor, la vida privada y el desarrollo de la libre personalidad.

Dicho lo anterior, con la postura progresista de la Suprema Corte se propone que se reforme el Código Civil de Tabasco y el Código Familiar de Sinaloa para que se implementen normas que protejan los derechos mencionados anteriormente.

Las anteriores legislaciones describen lo que significa la maternidad subrogada y los casos en los que se permite, sin embargo, no establece una correcta regulación del proceso al que se van a someter las partes ni el instrumento jurídico que se tiene que firmar para poder realizar esta práctica.

¹⁰⁶ *Idem.*

Es por esto que se propone que se establezca una norma en cada una de las legislaciones que especifique el instrumento jurídico que se tiene que firmar desde antes de que se haga la gestación para que exista seguridad jurídica de derechos básicos.

Con un instrumento jurídico que dé certeza y seguridad jurídica se puede proteger el interés superior del menor ya que es uno de los derechos que se buscan salvaguardar cuando se hace uso de la maternidad subrogada, puesto que implica un riesgo en la comercialización del menor, y con una norma que estipule el instrumento jurídico que se tiene que firmar y sus consecuencias, el menor tendría la seguridad de la filiación que va a recibir desde antes de su concepción y así proporcionar una total seguridad jurídica para el niño y no quedaría en un limbo jurídico en cuanto a su Registro Civil ni en cuanto a quienes son sus padres legales.

En la reforma se debe incluir la total prohibición de que se permita la maternidad subrogada con personas extranjeras ya que existen diversos casos en los que el niño queda en un limbo jurídico en cuanto a su nacionalidad, puesto que en muchos países no está permitida y cuando trasladan a los niños al país de origen de los padres que buscaron concebir al niño mediante esta técnica, no les permiten registrarlo y por consecuencia quedan sin nacionalidad y se le vulneran sus derechos humanos.

Así mismo, se propone que cuando se realice la inscripción del menor en el Registro Civil se pueda escribir quienes son sus padres legales y también que se escriba el nombre de la madre gestante. Esto para salvaguardar el derecho de la identidad del menor y proteger su derecho de saber cuáles son sus orígenes.

Otra de las propuestas a los Códigos Civil y Familiar de los estados de Tabasco y Sinaloa es la correcta regulación al proceso al que se van a someter las madres subrogadas, puesto que ninguno de las leyes mencionadas explica cómo se va a realizar la gestación y por lo tanto a veces queda al arbitrio de las partes o de las instituciones que se dedican a esto, sometiendo a las madres subrogadas a casas en donde se les prohíbe su libertad y por consecuencia violenta el derecho a la dignidad humana de la madre subrogada.

Con normas adecuadas al proceso de gestación de las madres subrogadas se podrá lograr un trato digno sin violar sus derechos a la libertad, a la salud, a la privacidad y a su dignidad humana.

Así mismo, se debe implementar una regulación adecuada que explique los tratamientos psicológicos a los que se debe someter a la madre gestante posteriormente al nacimiento del menor, ya que está comprobado que cuando la mujer está embarazada se crea un lazo feto-madre y existe un daño psicológico en la madre que gestó. Esto afecta la identidad de la madre ya que su cuerpo y especialmente su cerebro, cambian durante el embarazo. La mujer guarda en su cuerpo memoria del embarazo porque incorpora células madre procedentes de la sangre del bebe al que gestó. Por esto es muy importante someter a la mujer subrogada a un tratamiento psicológico que le ayude a pasar por estos problemas post-parto y pueda seguir teniendo una vida sin remordimientos ni problemas en su salud psicológica.

Todas las propuestas anteriores son importantes ya que las legislaciones de Tabasco y Sinaloa tienen muy descuidado los derechos de la madre gestante y del menor, por lo que considero que

existe una laguna jurídica en cuanto a sus derechos y una muy clara violación a sus derechos humanos por la falta de legislación.

REFERENCIAS

LIBROS

ASDRÚBAL AGUILAR A., *et al*, *Estudios básicos sobre derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, [s.e.] Costa Rica, 1994.

BAQUEIRO, E. Y BUENROSTRO, R., *Derecho civil, Introducción y personas*, Editorial Oxford, México, 2010.

BAEZA CONCHA, GLORIA, "El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia", en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 28, número 2, Chile, 2001.

BEJARANO, M. *Obligaciones Civiles*, Editorial Oxford, México, 2010.

BIDART G., *Teoría General de los Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993.

BRENA, I. *Reproducción asistida*, México: Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2012.

CONTRERAS F., *Derecho Procesal Civil*, México: Editorial Oxford. 2011.

Diccionario Enciclopédico Larousse. Edición 1999. Ramón García -Pelayo y Gross (coordinadores). Décima edición, Larousse, México, 1998.

Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, México, 2011.

CEBALLOS HERNÁNDEZ, MÉNDEZ DÁVALOS Y SANDOVAL FLORES, *Tratados e Instrumentos Internacionales Básicos en Derechos Humanos*, Morelia, Michoacán: Comité editorial Biblioteca y Archivo H. Congreso Del Estado de Michoacán, 2013.

Enciclopedia Jurídica Mexicana M-P. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, Editorial Porrúa, 2002.

FLORENCIA, L., *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*, Editorial Editorama S.A., Costa Rica, 2008.

HURTADO, Xavier. *El derecho a la vida ¿Y a la Muerte?*, Editorial Porrúa, México, 2008.

MENDOZA, H. *La reproducción asistida*, Editorial Fontamara, México, 2008.

OVALLE J., *Derecho Procesal Civil*, México: editorial Oxford, México, 2010.

ROJINA, R. *Derecho civil mexicano. Derecho de Familia*, Editorial Porrúa, México, 1980.

TREVIÑO, R. *Los Contratos civiles y sus generalidades*, Editorial Mc Graw Hill, México, 2012.

LEYES

Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Constitución Española

Código Civil de Tabasco

Código Familiar de Sinaloa

INFORMES

Guía para programas y proyectos de salud sexual y reproductiva en África". AECI-2005. www.who.int/es

Federación Internacional de Planificación de la Familia. (1998), Pacto internacional de derechos civiles y políticos, recuperado de <https://www.u-cursos.cl>

Organización Mundial de la Salud, Departamento de Salud Reproductiva e Investigación. 2001. La transformación para los sistemas de salud, World Health Organization.

Secretaría de Salud. Subsecretaría de Prevención y Control de Enfermedades. Dirección General de Salud Reproductiva. El derecho a la libre decisión. La planificación familiar en el contexto de la salud reproductiva. México: Policromía Impresora (1998).

Organización de las Naciones Unidas. Proclamación de Teherán, proclamada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán, el 13 de mayo de 1968.

Organización de las Naciones Unidas. Conferencia Mundial de Derechos Humanos Viena. Declaración y Programa de Acción de Viena, 14 a 25 de junio de 1993.

Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. El Cairo, Egipto del 5 al 13 de septiembre de 1994.

Organización de las Naciones Unidas. Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing, China. Septiembre de 1995.

Ziemin. S. (2012). El programa Especial de Investigaciones, Desarrollo y Formación de Investigadores sobre Reproducción Humana y la infertilidad, Organización Mundial de la Salud.

PAGINAS DE INTERNET

Historia de la gestación subrogada: antecedentes y casos previos:
<https://www.babygest.es/historia-casos-previos-gestacion-subrogada/>.

Maternidad subrogada en el Mundo:
<http://surrogacy.ru/es/history.php>

Nacimiento de la maternidad subrogada:
<http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/22484/Capitulo1.pdf>.

Evolución del concepto de maternidad y de las acciones para impugnarla:
<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjd812e/pdf/fjd812e-TH.2.pdf>

Filiación en la maternidad subrogada:
<https://es.slideshare.net/anirix/maternidad-subrogada-48477641>

Maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo:
<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-1994-7-F4D6AC07&dsID=PDF>.

Maternidad subrogada, realidad actual, problemas y posibles soluciones:
<http://dSPACE.umh.es/bitstream/11000/2309/1/González%20Pineda%20Borja.pdf>.

La gestación subrogada ¿una nueva figura del derecho de familia?:
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3155/10.pdf>.

La filiación de la maternidad subrogada en España:
https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2015-10000500061_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_filiaci%F3n_derivada_de_reproducci%F3n_asistida:_voluntad_y_biolog%EDa.

Definición de paternidad: <https://definicion.de/paternidad/>.

Régimen jurídico de las presunciones:
<https://books.google.com.mx/books?id=xpDt9tOzjcsC&pg=PA71&lpg=PA71&dq=%22p&hl=es#v=onepage&q=%22p&f=false>.

Parentesco en el derecho romano:
<http://derechoteorico.blogspot.mx/2012/06/parentesco-en-el-derecho-romano.html>.

El parentesco:
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3270/11.pdf>.

Proyecto de familia:
<https://ivi.mx/tratamientos-reproduccion-asistida/fecundacion-in-vitro/>

Paternidad y filiación:
<http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/21883/Capitulo2.pdf>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:
<http://www.sct.gob.mx/JURE/doc/cpeum.pdf>.

Aplicación de los derechos humanos a la salud sexual y reproductiva:
<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Reproductivesp.pdf>.

Maternidad subrogada:
<http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:
<https://www.ohchr.org/SP/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx>.

Declaración Universal de Derechos Humanos:
<https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.

El principio del interés superior de la niñez:
http://www.derechosinfancia.org.mx/Derechos/conv_3.htm.

Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf.

Diccionario jurídico mexicano: <https://www.unamenlinea.unam.mx/recurso/84477-diccionario-juridico-mexicano>

Maternidad subrogada y dignidad de la mujer: <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/163.pdf>

Parlamento Europeo: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0470_ES.html?redirect.

Maternidad subrogada y dignidad de la mujer: <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/163.pdf>.
Gestación por sustitución y orden público: http://www.academia.edu/32768784/Gestación_por_sustitución_y_orden_público.

Maternidad subrogada y dignidad de la mujer: <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/163.pdf>.

Paremos la explotación sexual reproductiva de las mujeres y el mercado de bebés <https://stopvientresdealquiler.wordpress.com/2017/07/05/vientres-de-alquiler-violacion-del-derecho-a-la-salud-materna-y-primal/>

Maternidad subrogada. Una mirada a su regulación en México <http://repositorio.gire.org.mx/bitstream/123456789/2679/1/72045844007.pdf>.

Código Civil de Tabasco: http://www.congresotabasco.gob.mx/LX/trabajo_legislativo/pdfs/codigos/CodigoCivilTabasco.pdf.

La maternidad subrogada en España <http://academicae.unavarra.es/bitstream/handle/2454/9666/Ana%20Beorlegui%20.pdf?sequence=1>.

Maternidad subrogada y las situación jurídica de las mujeres en México https://www.uaeh.edu.mx/xiii_congreso_empoderamiento_fem/documentos/pdf/C033.pdf.

Código familiar del estado de Sinaloa:
<http://armonizacion.cndh.org.mx/Content/Files/DMVLV/LMF/SIN-CF.pdf>.

Filiación y registro civil en casos de maternidad subrogada:
<https://www.babygest.es/registro-civil-en-casos-de-maternidad-subrogada/>

Órgano de difusión oficial del gobierno constitucional del Estado libre y soberano de Tabasco:
http://periodicos.tabasco.gob.mx/media/periodicos/7654_sup.pdf.