



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN.

“PROPUESTA PARA ELEVAR A RANGO CONSTITUCIONAL
LA MATERNIDAD SUBROGADA EN MÉXICO”.

TESIS

PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :
C Á R D E N A S C A S T I L L O J O S E L I N E
A R I S B E T H .

ASESOR: LIC. MIGUEL MEJÍA SÁNCHEZ



Nezahualcóyotl, Estado de México, 2023.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

*A mi primer amor, quien ha sacrificado tanto; la mujer más bella en todos los sentidos, símbolo de optimismo, fortaleza, éxito, constancia y de todo lo bueno que existe en este mundo, me mostró que los obstáculos para alcanzar una meta se los impone uno mismo. **A mi madre, Rosalba Castillo Peralta.***

In memoriam:

Ejerció el ser más allá de mi abuelo, fue mi padre, maestro, mejor amigo, confidente, mi todo, mi isla en medio de este mar. En el último momento de su vida, no dejó de creer en mí.

*Este también es su triunfo. **Para mi abuelo, Luis Armando Villanueva Salomón.***

*La vida me bendijo al recibir el cobijo y dirección de un ser maravilloso, humanista, sensible, solidario, reconocido por su intachable y próspera trayectoria, asimismo por su constante preocupación por formar alumnos de excelencia, un ejemplo a seguir para mí y las futuras generaciones. **Para usted, mi querido maestro, a quien por fortuna puedo llamar amigo, Maestro Miguel Mejía Sánchez.***

“En griego es casi literal, significa “el dolor de una vieja herida”, punzada casi tan fatal, más poderosa que lo que la memoria pueda recordar.

Para adelante y para atrás, te transporta a aquel lugar; aquel que duele tanto, al que temes regresar, un lugar desconocido, un lugar tan familiar.

No es una nave espacial, es una máquina del tiempo en el presente y realidad, no es vertical, no es lineal, has de cuenta el carrusel que viste en aquel carnaval, como niño sin edad, viaja en forma circular; vuelta y vuelta como el karma, de vuelta a tu hogar, donde te sentías querido, el que era tu lugar.

Mi nostalgia literal, punzada casi tan fatal, es una máquina del tiempo, es algo desaparecido que siempre sabes dónde está.”

José Madero Vizcaíno.

AGRADECIMIENTOS.

*“Todo empezó con un final,
después de años de ser un rival
fue así como aprendí a vivir fuera del cristal”*
J.M.V.

El presente trabajo de investigación es el resultado de la incesante labor de innumerables personas que de diversas maneras han aportado a mi crecimiento, sin ningún interés ulterior más que estar ahí apoyándome. Es por eso que, este apartado es para conmemorar aquellas infinitas muestras de amor que me han expresado desde palabras de apoyo, afecto, felicitación, elogios y reconocimiento a mi persona, han compartido tiempo de calidad, actos de servicio, entre otras.

Primeramente, este mérito es absolutamente de la columna vertebral de mi formación, es a ella a quien debo dedicarle un aplauso sin fin, pues este ha sido un proceso que requirió esfuerzo en el instante en que nos encaminamos como madre e hija. Cada aplauso es un reconocimiento a su labor como mi guía y maestra en la vida, siempre brindándome de valores invaluable. La mujer más devota a su labor como mamá, compañera y amiga, mi complemento ideal, a quien nunca he visto desfallecer en el afán de que sus hijos logren sus metas, sean felices y vivan una vida en plenitud, es por eso que le estaré eternamente agradecida por creer en mí, por ser mi inspiración día a día. Mamá, la vida me bendijo contigo. A mi mamá, **Rosalba Castillo Peralta**, eres tú todo mi mundo, lo más profundo, te doy gracias por todo ese mal que hiciste humo. ¡Fue nuestro triunfo!

A manera de homenaje a diez años de su partida y para celebrar su vida, quiero dedicarle el reconocimiento a la persona que en compañía de mi mamá formaron el equipo más perfecto para mi desarrollo. Dedicó su vida a ser mi abuelo, pero su desempeño real, fue el ser mi papá. A tan temprana edad, me compartió el amor por la

lectura, me enseñó a hablar inglés y francés, y conforme fui creciendo fue brindándome de más herramientas para el afrontar el futuro. Ahora, su legado vive a través de mi mamá, mi hermano y yo, cada día honramos su memoria con los valores de lealtad, humanismo, responsabilidad y amor al prójimo. A mi amado abuelito, **Luis Armando Villanueva Salomón**, una persona única e irrepetible y que muy pocos fuimos afortunados de conocer y crear momentos con él. Sé que donde quiera que él esté me sigue acompañando a donde quiera que yo vaya.

Un especial agradecimiento a mi abuelita, que, de no ser por ella, no tendría a mi mamá y con ella todos los valores inculcados que ahora se han transferido a mí, en espera de que aquellos perduren por generaciones. Hoy día me corresponde cuidar de ella, haciéndome ver una perspectiva diferente de la vida y valorar cada día de su persona. Mi fiel compañera durante este proceso de investigación, quien curiosamente me observaba redactar estas líneas. A mi abuelita **María Peralta Estrada**.

Para mi compañero vitalicio en este largo camino donde ambos traemos la espalda del otro. Me ha dotado de interminables lecciones donde la diferencia de personalidades no es una razón para ser enemigos, sino al contrario es una de las tantas causas que nos hace ser los mejores amigos. Nuestra unión me ha hecho crecer con el valor de aprender a cuidar de otro ser humano, velar por su bienestar, aprender a compartir y trabajar en equipo, pero sobre todo la complicidad fraternal. Gracias por amarme a tu manera, natural, incondicional, desmedida e inocente. En estas líneas quiero plasmar el orgullo que siento que seas tú, mi hermano, nunca dejes de sorprenderme con tantos éxitos que irás cosechando en tu vida. Por ti me sigo manteniendo en pie. A mi hermano **Luis Daniel Cárdenas Castillo**, ¡nunca nadie nos venció!

A mi segunda madre, quien me ha acompañado desde el primer aliento de vida. Me ha cultivado en todos los aspectos y me siento afortunada de continuar con su

compañía hasta hoy día. Sin pedirlo, siempre está presente en todo momento para reír y disfrutar y también para ser la calma después de la marea. Una madrina es como en los cuentos de hadas, mágico y maravilloso y, tal vez sea irreal, pero desde el momento en que se ama y cuida a un ser sin que haya nacido de uno, pero nace del corazón, desde ese instante, la magia ya existe. A mi madrina, **Srita. Leticia Carrasco Bautista**, a tu lado sigo aprendiendo la dulzura de ser niña otra vez.

Las siguientes líneas quiero dedicárselas y agradecerle de manera desmedida a mi tan admirado y querido **Maestro Miguel Mejía Sánchez**, quien tiene más mérito en la creación de este proyecto pues de no ser por todo el apoyo y cobijo que me brindó durante la investigación esto no hubiera sido posible. Aún sigo recordando con gran afecto el momento en que formé parte de su salón de clases y sabía que no sería fácil, sin embargo, quedé tan encantada por sus clases que tomé dos cursos más con él. Me gusta pensar que la vida nos hizo coincidir por distintas causas, pero la más especial es que ha implementado bases importantes que me han servido y servirán para mi vida futura.

Querido Maestro, muchas gracias por creer en mis capacidades, por aconsejarme y brindarme seguridad, por escucharme. Asimismo, le agradezco por compartirme sus experiencias, por abrir su corazón y permitirme conocer el gran ser humano maravilloso que es. Gracias por brindarme su amistad, que hoy día usted forma parte de mi familia. ¡El cielo fue conocerle!

A la **Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)** por permitirme ser parte de su tan anhelada matrícula estudiantil, convirtiéndome en afortunada de pisar las instalaciones de las mejores universidades de América Latina, dotándome de los medios para culminar de manera satisfactoria la Licenciatura en Derecho. Deseando corresponder de manera honorable los valores que dicta nuestra universidad, estando al servicio del país y de la humanidad.

A la **Facultad de Estudios Superiores Aragón**, mi segundo hogar, y a todo el personal académico y administrativo que la compone. Muchas gracias por abrirme las puertas de sus aulas y sus instalaciones. Sin todos los medios y herramientas que me brindaron durante mi estadía esta investigación no hubiera sido posible. Deseando brindarle honor a tan magnífica y honorable institución.

Finalmente, pero no menos importante quiero agradecer a mis mejores amigos **Kathya Itzel Hernández Sandoval** y **Sebastián Eduardo Reyna López**, por vivir conmigo un mérito más en nuestra tan duradera amistad, gracias por su amor y apoyo.

Para cada uno de ustedes que componen este capítulo, ¡muchas gracias!

Ustedes son milagro y yo ¡un Diluvio!

Cárdenas Castillo Joseline Arisbeth.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
--------------------------	----------

CAPÍTULO PRIMERO.

I. MARCO DE REFERENCIA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.....	5
---	----------

I.1 CONCEPTO ETIMOLÓGICO.....	5
-------------------------------	---

I.1.2 CONCEPTO LEGAL.....	6
---------------------------	---

I.1.3 CONCEPTO DOCTRINAL.....	8
-------------------------------	---

I.1.4 CONCEPTO JURISPRUDENCIAL.....	10
-------------------------------------	----

I.1.5 CONCEPTO QUE SE PROPONE.....	12
------------------------------------	----

I.1.6 NATURALEZA JURÍDICA.....	12
--------------------------------	----

I.2 MARCO HISTÓRICO.....	13
---------------------------------	-----------

I.2.1 MESOPOTAMIA.....	13
------------------------	----

I.2.2 SUMERIA.....	13
--------------------	----

I.2.3 ISRAEL.....	14
-------------------	----

I.2.4 EGIPTO.....	14
-------------------	----

I.2.5 INGLATERRA.....	14
-----------------------	----

I.2.6 ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.....	15
--------------------------------------	----

I.2.7 FRANCIA.....	17
--------------------	----

CAPÍTULO SEGUNDO.

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO.....	18
---	-----------

II.1. PAÍSES QUE LA PROHÍBEN.....	18
-----------------------------------	----

II.1.1 ALEMANIA.....	18
----------------------	----

II.1.2 AUSTRALIA.....	20
-----------------------	----

II.1.3 FRANCIA.....	21
---------------------	----

II.1.4 ESPAÑA.....	22
--------------------	----

II.2 PAÍSES QUE NO CUENTAN CON UNA REGULACIÓN EXPRESA.....	23
--	----

II.2.1 ARGENTINA.....	23
II.2.2 COLOMBIA.....	27
II.2.3 ESTADOS UNIDOS.....	31
II.2.4 CHILE.....	32
II.2.5 INGLATERRA.....	34
III.1 PAÍSES QUE LA REGULAN Y AUTORIZAN.....	34
III.1.1. CANADÁ.....	35
III.1.2. BRASIL.....	36
III.1.3. ISRAEL.....	38
III.1.4. FEDERACIÓN DE RUSIA.....	42
CAPÍTULO TERCERO.	
MATERNIDAD SUBROGADA EN EL MARCO JURÍDICO MEXICANO.....	45
III.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1917.....	46
III.2. LEY GENERAL DE SALUD.....	54
III.3. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE TABASCO.....	58
III.3.1 CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE TABASCO.....	58
III.4. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE SINALOA.....	106
III.4.1 CÓDIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE SINALOA.....	106
III.5 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	131
III.6 PROPUESTAS.....	135
CONCLUSIONES.....	138
BIBLIOGRAFÍA.....	141

INTRODUCCIÓN.

Actualmente vivimos una era donde los avances tecnológicos, biológicos, médicos, entre otros, forman parte de la vida humana; los retos de la vida diaria demandan cada vez más que se implementen métodos simples, ágiles y eficientes para que puedan cumplir con sus fines personales y alcancen su felicidad.

Lo anterior es así, debido a que el Estado como forma de organización suprema de los pueblos tiene como obligación satisfacer todas las necesidades de los miembros de las comunidades que los integran y su fin último es garantizar que las personas puedan realizarse como seres humanos, respetando su dignidad y sus derechos humanos, como el formar una familia y poder procrear a sus propios descendientes.

En todas las formaciones sociales que existen y han existido en el devenir histórico de la humanidad, cada generación se ha distinguido por vivir ciertos acontecimientos económicos, políticos o sociales, que se han caracterizado por las circunstancias de la época en que les ha tocado transitar, específicamente en lo que se refiere a la integración familiar. Al respecto, si bien es cierto que las familias se han conformado atendiendo a las creencias y costumbres de los distintos pueblos que han existido, lo cierto es que hoy día la constitución familiar se encuentra en crisis debido a que establecer relaciones duraderas es complicado, algunos estudiosos han aseverado que las causas por las cuales existe un acrecentado número de separaciones y divorcios son innumerables, pero uno de las más comunes es la dificultad para procrear su propia familia.

Es por ello que en el momento actual la modalidad de reproducción asistida cobra especial importancia debido a que se convierte en un medio fundamental para cumplir el objetivo de aquellas parejas que padecen de una discapacidad para procrear. Hoy en día es muy común ver que diversas clínicas son encargadas de llevar a cabo

diversos métodos de reproducción asistida, entre ellos, la maternidad subrogada o gestación sustituta, como también es conocida.

La maternidad subrogada es el acto mediante el cual participan dos mujeres y un hombre, la primera mujer será quien consienta la gestación de un ser humano en su cuerpo, a quien se le conoce como la *madre gestante*, y, por otro lado, una pareja que se encuentra incapacitada para llevar a cabo un embarazo saludable y exitoso; y una vez que el bebé nazca por medio de este método de reproducción asistida serán quienes fungirán como padres legales del menor, conocidos como los *padres de intención*.

De acuerdo a los antecedentes más antiguos que se han encontrado por los estudiosos en la materia relacionados con la práctica de la maternidad, se puede decir que en la Biblia se encuentra la primera noticia de la maternidad subrogada, específicamente en el libro del Génesis, donde Sarai y Abram, se encontraban imposibilitados para procrear hijo alguno, pidiéndole a su sierva Agar ser el medio para poder tener hijos, reclamando sus derechos como padres de los hijos nacidos del vientre de Agar. A partir de ahí, se tiene documentado que a lo largo del tiempo la práctica de la maternidad subrogada continúa vigente, con la constante solidaridad para aquellas parejas que están imposibilitados para procrear.

En el México actual, esta práctica de la maternidad subrogada, sólo se encuentra regulada en dos entidades federativas, siendo el Estado de Tabasco el pionero en legislar sobre la materia, en fecha 9 de abril del año 1997 se publica una reforma a su Código Civil, a través del cual introduce la figura de la maternidad subrogada, a la que denominó: Gestación Sustituta y Subrogada. Esta legislación es considerada vanguardista en el tema a estudio, pues contempló los avances médicos y tecnológicos alcanzados hasta la época, con lo que garantizó uno de los derechos humanos más importantes de las personas, sobre de las parejas que conforman una familia, como es el referente a la procreación de hijas e hijos.

De la misma manera, el Estado de Sinaloa el 6 de febrero de 2013, mediante decreto aprobó en su Código Familiar la práctica de las Técnicas de Reproducción Asistida, incluida la maternidad subrogada. A pesar de ello, se sabe que el tratamiento de la maternidad subrogada en la entidad sinaloense, no es muy recurrente, particularmente, no hay un registro certero de los actos jurídicos celebrados ante Notarios Públicos, clínicas y en los mismos Juzgados de lo Familiar de dicha entidad.

La ausencia de regulación en el marco jurídico vigente mexicano, ha traído diferentes problemas que afectan a la sociedad, entre ellos, el relacionado con los padres que desean tener hijos y están imposibilitados para procrearlos, quienes se encuentran en un estado físico, mental, social y jurídico afectados, al no estar legalizada la maternidad subrogada en todo el territorio nacional, por lo que el Estado mexicano, a través de la Ley General de Salud y sus leyes locales, deben hacer realidad el derecho a la salud reproductiva establecido en el artículo 4° constitucional.

Lo anterior, es lo que motivó el presente trabajo de investigación para presentarlo como examen de grado para obtener el título de Licenciada en Derecho, es por ello que en el mismo se pretende demostrar la importancia que tiene el llevar a cabo una reforma constitucional para legalizar su práctica en todo el país, pues es un derecho a la libertad de procreación que debe de ser reconocido y reglamentado en las leyes federales y locales de salud, para evitar que las legislaciones continúen en una laguna jurídica que afecta gravemente a las parejas que desean procrear a sus hijos.

Para la elaboración de este trabajo de investigación, se partirá de un análisis conceptual en sus diversas referencias y el marco histórico que permitirá entender los antecedentes de la institución en estudio, a fin de brindar un panorama sobre la génesis de la maternidad subrogada a lo largo de la historia del mundo y cómo ha sido conceptualizada la figura en los diversos sistemas jurídicos mundiales y en el mexicano. Es por ello que, en el Segundo Capítulo se analizarán las diversas regulaciones de la institución de la maternidad subrogada en algunos de los regímenes jurídicos que la

contemplan. Finalmente, el Capítulo Tercero se dedicará al estudio la maternidad o gestación subrogada en el del marco jurídico mexicano vigente, específicamente en las entidades federativas en las que actualmente se encuentra regulada la institución objeto del presente trabajo, como ya se señaló anteriormente.

CAPÍTULO PRIMERO.

I. MARCO DE REFERENCIA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

I.1 CONCEPTO ETIMOLÓGICO.

Los avances tecnológicos han influido cada vez más en el campo jurídico, algunas instituciones se han ido transformando, entre ellas, se encuentra la maternidad, que ha dado surgimiento a una nueva modalidad como es el caso de la *maternidad subrogada*, en la cual participan dos mujeres, madres de un bebé, una con el carácter de madre gestacional que presta su vientre para procrearlo y, la otra, que una vez que éste nace a la vida, adopta el papel de madre legal del menor.

Esta nueva modalidad de maternidad subrogada, resulta de gran interés para llevar a cabo un estudio jurídico debido a las implicaciones legales, sociales y económicas que tiene para las personas que en ella participan y para la sociedad en general. Este tema por ser novedoso, es sin lugar a dudas, lo que motivó a realizar un trabajo de investigación de tesis para obtener el grado de Licenciada en Derecho.

En el presente apartado se analizarán los distintos significados de la maternidad subrogada; para tal efecto, se iniciará por examinar en primer término qué debe entenderse por maternidad desde el punto de vista gramatical.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, la palabra maternidad proviene del vocablo materno, el cual a su vez viene del vocablo latino *maternus* que es un adjetivo que significa: *estado o cualidad de madre. Hospital o zona de un hospital donde se atienden a las parturientas.*¹

¹ Real Academia Española. (2019). Maternidad. En Diccionario de la Lengua Española. Consultado el 01 de octubre de 2019, [Véase en]: <https://dle.rae.es/maternidad>

Por su parte, la palabra *subrogar* proviene del vocablo latino *subrogare*, que significa "Sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa".²

Luego entonces por maternidad subrogada, desde el punto de vista gramatical, se debe entender a la institución, por medio de la cual una madre substituye a otra persona en la procreación de un hijo.

I.1.2 CONCEPTO LEGAL.

En el sistema jurídico mexicano sólo encontramos regulada la maternidad subrogada a nivel estatal, por ejemplo, el Código Civil del Estado Tabasco en el Capítulo VI Bis, intitulado: *De la Gestación Asistida y Subrogada*, reformado el 13 de enero de 2017, establece en su artículo 380 Bis, el concepto de *Reproducción Humana Asistida*, señalando al respecto que:

Se entiende por reproducción humana asistida, el conjunto de prácticas clínicas y biológicas para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante técnicas científicamente acreditadas y autorizadas por la legislación en materia de salud, realizadas con la intervención de 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 permitan la procreación fuera del proceso biológico natural de la pareja infértil o estéril.

Como puede observarse de acuerdo con la definición que da el legislador tabasqueño la maternidad subrogada consiste en la fecundación heteróloga, y es aquella en que uno de los gametos es donado por un tercero y el otro gameto es aportado por uno de los cónyuges o concubinos.

² Real Academia Española. (2019). Subrogar. En Diccionario de la Lengua Española. Consultado el 01 de octubre de 2019, [Véase en]: <https://dle.rae.es/subrogar>

Asimismo, en el Código Familiar del Estado de Sinaloa, en el Capítulo V, intitulado, *De la Reproducción Humana Asistida y la Gestación Subrogada*, señala en su artículo 283, el concepto de maternidad subrogada en los siguientes términos:

La maternidad subrogada se efectúa 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.

Pueden ser madres subrogadas gestantes, sólo las mujeres entre veinticinco y treinta y cinco años de edad que tienen, al menos, un hijo consanguíneo sano, una buena salud psicosomática y que han dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre.

Por lo que se razona con la definición dada del legislador sinaloense, la maternidad subrogada es la imposibilidad de procrear, ya sea por cuestión física o médica. Esta reproducción se llevará a cabo en el vientre de una mujer ajena al matrimonio, al término de la gestación, la relación entre el hijo y la gestante culmina.

Es menester señalar, la importancia que el legislador ha indicado sobre los requisitos para poder ser candidata para ser gestante y llevar a cabo este procedimiento de reproducción.

A pesar de que en nuestra legislación no haya una diversidad de conceptos jurídicos sobre la maternidad subrogada, ésta se sustenta en la creación de un nuevo ser humano, apoyada de métodos científicos que están debidamente acreditados por las Instituciones de Salud, que tienen como objetivo que una pareja estéril pueda concebir a sus hijos de forma natural.

I.1.3 CONCEPTO DOCTRINAL.

En la doctrina encontramos diversos tratadistas que se han ocupado de definir a la maternidad subrogada, entre los más destacados se pueden citar a Pedro Silva Ruiz y Jaime Vidal, quienes la definen de la siguiente manera: *es el caso de la mujer fértil que acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado y gestar y dar a luz el hijo que una vez nacido será entregado al dador de semen y su esposa.*³

Por su parte Noel P. Keane, y Dennis L. Breo, la definen como: *el contrato de una mujer con una pareja casada, para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer para concebir, gestar y dar a luz un niño a cuya custodia renunciará para que sea adoptado por la esposa de aquél con cuyo semen fue inseminada.*⁴

El tratadista Zannoni señala al respecto lo siguiente: [...] *se alude a la maternidad subrogada (del inglés surrogate motherhood) 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.*⁵

El catedrático en derecho civil Ramón Herrera proporciona un concepto de maternidad subrogada situado desde la inseminación artificial, señalando al respecto que: *una mujer extraña al matrimonio o pareja, es inseminada con el semen del esposo de la mujer que “encarga” (sic) el niño como condición cuando nazca el niño se entrega*

³ Jurisprudencia Argentina. (1989). IV, pág. 806. Consultado en: Delgado Calva, A. S. (2015). “La Maternidad Subrogada: un Derecho a la Reproducción Humana a 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, pág. 47.

⁴ KEANE, N., & BREO, D. (1981). The surrogate mother. Everest House Publishers..

⁵ Jurisprudencia Argentina, Op. Cit., pág. 805. Consultado en: Delgado Calva, A. S. (2015). “La Maternidad Subrogada: un Derecho...”, Op. Cit., pág. 50

*al marido (padre biológico) y a su esposa. Estamos ante la figura de maternidad subrogada, sustituida, suplencia en la gestación, alquiler o cesión de útero.*⁶

La Doctora española Rosa Adela Leonseguí Guillot, la explica en los siguientes términos: *La madre subrogada es una mujer fértil que conviene, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar la criatura y darlo a luz. Una vez nazca la criatura la madre subrogada renuncia a la custodia en favor del padre biológico, y además, termina con sus derechos filiatóricos sobre ella, para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada lo adopte.*⁷

Para el tratadista Antonio J. Vela Sánchez es un *fenómeno social por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé para que otra u otras personas puedan ser padres, biológicos o no.*⁸ Por su parte, la Doctora Eleonora Lamm la define como *una forma de reproducción asistida, por medio del cual una persona, denominada gestante acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente*⁹.

El Doctor Guzmán Avalos glosa que es [...] *el contrato mediante el cual una mujer se obliga, frente a una pareja estéril, mediante una compensación, a llevar a término un embarazo, haciéndose fecundar artificialmente con el semen del marido de la pareja o su embrión y entregar al recién nacido inmediatamente después del parto a los cónyuges, los que asumirán cualquier derecho y deber frente al niño.*¹⁰

⁶ HERRERA CAMPOS, R. (1991). “La inseminación artificial. Aspectos doctrinales y regulación legal española” (Capítulo II, p. 61). Granada: Universidad de Granada.

⁷ LEONSEGUI GUILLOT, R. A. (1994). “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, N.º 7, pág. 321.

⁸ VELA SÁNCHEZ, A. J. (2011). “La gestación de sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”. Diario LA LEY, núm. 7608, Sección Doctrina, pp. 1-15.

⁹ LAMM, E. (2013). “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, pág. 24.

¹⁰ GUZMÁN ÁVALOS, A., 2007, “La subrogación de la maternidad”, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Puebla, núm. 20.

Finalmente, la Doctora Soledad Delgado Calva da el siguiente concepto, objeto de la presente investigación: *La reproducción es el derecho que tiene toda persona para dar origen, de forma libre y responsable, a seres semejantes a sí, ya sea por medio de la relación sexual, inseminación artificial y fecundación in vitro.* ¹¹

Al respecto, se puede señalar que los citados conceptos tienen como denominador, el consistente en que exista una solicitud que se hace a una mujer para gestar en sustitución de otra. Resulta conveniente señalar, que los citados autores no coinciden en la forma en que debe denominárseles *madres sustitutas*, pues en algunos casos las llaman madres de alquiler, madres portadoras, alquiler de vientre y alquiler de útero, como atinadamente lo apunta la citada Doctora.

I.1.4 CONCEPTO JURISPRUDENCIAL.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, del estudio de la resolución al Amparo Directo en revisión 2766/2015, instaura como un derecho el recurrir a las técnicas de reproducción asistida, esto en razón al cumplimiento del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos humanos, donde es decisión de hombres y mujeres a formar una familia, misma que es el elemento cardinal de la sociedad, asimismo como el derecho que tienen de protección por parte de la sociedad y el Estado, cuyo rubro y texto son del tenor literal siguiente:

*Suprema Corte de Justicia de la Nación. Registro digital: 2017232. Instancia: Primera Sala. Décima Época. Materias(s): Constitucional, Civil. Tesis: 1a. LXXVI/2018 (10a.). Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 55, Junio de 2018, Tomo II, página 957. Tipo: Aislada. **DERECHO A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA. FORMA PARTE DEL DERECHO A DECIDIR DE MANERA LIBRE,***

¹¹ Delgado Calva, A. S. (2015). "La Maternidad Subrogada: un Derecho a la Reproducción Humana a 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, pág. 13.

RESPONSABLE E INFORMADA, SOBRE EL NÚMERO Y EL ESPACIAMIENTO DE SUS HIJOS, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Tanto hombres como mujeres tienen el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y el espaciamiento de sus hijos; este derecho está protegido por el Estado mexicano y encuentra sustento en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la Declaración Universal de los Derechos humanos, cuyo artículo 16 consagra el derecho que tienen todos los hombres y mujeres de fundar una familia, señalando que ésta es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. De acuerdo con lo anterior, la decisión de tener hijos a través del empleo de las técnicas de reproducción asistida, pertenece a la esfera más íntima de la vida privada y familiar de una pareja, y la forma en cómo se construye esa decisión, es parte de la autonomía de la voluntad de una persona. Amparo directo en revisión 2766/2015. 12 de julio de 2017. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien reservó su derecho a formular voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho a formular voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Norma Lucía Piña Hernández. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Secretario: Daniel Álvarez Toledo. Esta tesis se publicó el viernes 22 de junio de 2018 a las 10:28 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

De manera que el Máximo Tribunal Constitucional reconoce los métodos de reproducción asistida, entre ellas la maternidad subrogada, como un derecho que tiene el gobernado para formar su propia familia, dejando a su albedrío el decidir si tenerlos o no, el número y esparcimiento de sus hijos.

Para concluir, es menester mencionar que en la actualidad no existe una definición establecida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación por lo que hace a la maternidad subrogada, dejando aún incertidumbre sobre una enunciación jurídica de dicha figura.

I.1.5 CONCEPTO QUE SE PROPONE.

De los conceptos analizados anteriormente, se pueden extraer una serie de elementos para construir un concepto de maternidad subrogada, con base en ellos para la autora del presente estudio de investigación la maternidad subrogada puede definirse de la siguiente manera:

La maternidad subrogada es el fenómeno social por el cual una mujer fértil, mediante contraprestación o sin ella, extraña al matrimonio que conviene ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado para concebir, gestar y dar a luz un niño a cuya custodia renunciará en favor del padre biológico, y además, termina con sus derechos filiatóricos sobre ella, para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada lo adopte.

I.1.6 NATURALEZA JURÍDICA.

La naturaleza jurídica de la maternidad subrogada la encontramos dentro del derecho civil y familiar, sin embargo, cabe destacar que en México no existe un contrato específico que lleve por nombre “contrato de reproducción asistida-maternidad subrogada”, a pesar de que en dos estados de la República, Tabasco y Sinaloa permitan esta modalidad de gestación. Es aún más interesante que en estos estados, en sus legislaciones no contemplan el tipo de contrato que realizan previo al tratamiento de reproducción asistida.

Es por eso que, existe una laguna jurídica para poder clasificar la naturaleza jurídica de esta modalidad gestacional.

A consideración de la sustentante, su naturaleza jurídica vela en un contrato de donación y un contrato de compra de esperanza, toda vez que se trata de una institución contractual que tiene por objeto la realización de conductas de hacer y dar por parte de la mujer gestante; entre ellas, se encuentran la de ser fecundada con el material genético donado por las personas que solicitaron el empleo de las técnicas de

reproducción asistida y, una vez ocurrida la fecundación, el de llegar a buen término de la gestación, para que al final de la misma, se les entregue a los progenitores, el producto del alumbramiento, y por parte de éstos últimos, la contraprestación convenida, la cual consistirá en el pago de los gastos causados tanto con motivo de la gestación, como del nacimiento, y de todos aquellos que se originen del estado de salud de la mujer gestante, luego del parto, así como, en su caso, los honorarios y demás prestaciones pactadas por los servicios proporcionados.

I.2 MARCO HISTÓRICO.

I.2.1 MESOPOTAMIA.

En Turquía en el año de 1948, fueron encontradas unas tablillas en un yacimiento, en ellas se descifró que se trataba de un contrato matrimonial, en el cual se establecía que el marido tenía la posibilidad de recurrir a una hieródula (prostituta sagrada) o esclava, si su legítima esposa no le daba hijos. El fruto de esta relación se consideraba el auténtico heredero y la mujer gestante era liberada de su esclavitud o recibía una donación.¹² Es el primer documento que recoge una gestación subrogada.

I.2.2 SUMERIA.

En la ciudad de Babil o Gobernación de Babilonia en la ciudad de Sumeria encontramos el Código de Hammurabi, escrito por el Rey Hamurabbi, en 1780 a.C,

En este código se fijan, entre otros reglamentos, los procedimientos en caso de infertilidad de la esposa. Si ésta no daba descendencia a su marido, le otorgaba a una esclava a éste con fines de procreación para tener un heredero.¹³

El Código otorgaba protección a la gestante, verbigracia, no podía ser vendida, marcada o mantenerla en convivencia con las demás esclavas.

¹² [SCRCIVF]. (s.f.). Historia de la gestación subrogada. Consultado: 01 de octubre de 2019. [Véase en:] <https://scrcivf.es/blog/historia-de-la-gestacion-subrogada/>.

¹³ *Ibidem*.

I.2.3 ISRAEL.

En el devenir histórico de la humanidad se encuentra el primer antecedente de la maternidad subrogada en el versículo 16: 1-16 Antiguo Testamento, en el cual se describe que, Sarai, mujer de Abram, toda vez que no le había dado a luz hijo alguno; y tenía ella una sierva egipcia que se llamaba Agar, le dijo a Abram: *“He aquí que el Señor me ha impedido tener hijos. Llévate, te ruego, a mi sierva; quizá por medio de ella yo tenga hijos”*. Y Abram escuchó la voz de Sarai. Y al cabo de diez años de habitar Abram en la tierra de Canaán, Sarai, mujer de Abram, tomó a su sierva Agar la egipcia, y se la dio a su marido Abram por mujer»¹⁴

Éste, sin lugar a dudas, entre los pueblos hebreos, puede ser considerado uno de los primeros antecedentes documentados de la maternidad subrogada. Sarai, quien presuntamente es infértil, al ver que no puede concebir, le propone a su marido concebir con su criada Agar, de cuya relación nace supuestamente Ismael, fundador del islamismo.

I.2.4 EGIPTO.

El incesto real en el Antiguo Egipto fue una realidad. Por ello, muchos faraones, fruto de estas relaciones incestuosas, nacían con determinadas enfermedades, lo que les llevaba a servirse de sus siervas para lograr tener descendencia. Bien es cierto que estos hijos, tenían la desventaja de acceder al trono, sólo a falta de otros herederos más legítimos. Así nacieron Tutmosis I, hijo de Amenhotep I; Tutmosis II, hijo de aquél, y su hijo Tutmosis III, padre de Amenhotep II. Todos ellos nacidos por medio de la subrogación.

I.2.5 INGLATERRA.

Uno de los mayores avances de la medicina del siglo pasado, que permitió que hubiera un gran avance de las técnicas de reproducción humana asistida, fue el que se

¹⁴ Génesis, 16.1.

llevó a cabo en el año de 1978, en una pequeña ciudad inglesa llamada Oldham, en el condado de Lancashire, en donde se dio a luz a una pequeña de nombre de Louise Brown.

Este método de reproducción asistida, fue muy controvertido, varias instituciones se pronunciaron en contra, una de ellas fue la religiosa quienes lo consideraban atentatorio contra las bases de la propia reproducción humana, otros acusaban que se trataba de un tratamiento para crear seres humanos en serie, un fenómeno contra natura, inmoral.

I.2.6 ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

El primer antecedente que tenemos en este país, data en 1975, dónde una pareja estéril publicó en un periódico que solicitaba a una mujer para que fuera inseminada artificialmente, a cambio una remuneración de los gastos que se generaran en este procedimiento.

Posteriormente, en el año 1980, se firmó un contrato de gestación subrogada, la gestante de nombre Elizabeth Kane recibió la cantidad de diez mil dólares, por llevar a cabo el procedimiento de reproducción asistida, entregó al bebé sin oponerse.

Pero, el caso más distinguido fue el nominado "Baby M", corría el año de 1986, la familia Stern celebró un contrato de maternidad subrogada con Mary Beth Whitehead, acordando que ella sería inseminada artificialmente con el semen de William Stern, así como gestar, y entregar el bebé al padre biológico y a su esposa, renunciando a los derechos maternos del bebé, otorgándoselos a la esposa, Elizabeth Stern, a cambio la gestante sería recompensada con diez mil dólares por su participación en éste método de reproducción, de esta gestación nació una niña. Posterior al nacimiento, la señora Whitehead se negó a entregarla, huyendo de Nueva Jersey, llevándola consigo. El matrimonio Stern decidió denunciarla, además de conseguir que se congelaran las cuentas de la señora Whitehead y una orden de aprehensión.

En el año de 1987, el Tribunal Supremo de Nueva Jersey dictó sentencia en el expediente n° 25314-86E, en esta sentencia se estudió la validez del contrato de maternidad subrogada, haciendo notar el incumplimiento del contrato por parte de la madre gestante, pues no entregó y renunció a sus derechos como madre de la niña. Por lo cual, el Juez Harvey Sorkow, atendiendo al bienestar de la niña, sentenció a Whitehead a entregársela al señor Stern, otorgándole su custodia.

En 1988, el Tribunal Supremo del Estado invalidó el contrato, pues exponía que infringía la legislación y la política pública del Estado, remitiéndole el caso al Tribunal de la Familia, el cual concedió la custodia de la niña a los Stern, asimismo de otorgarle a la madre sustituta derechos de visita.

A raíz de este controvertido caso, el Gobierno de Estados Unidos de América se vio en la necesidad de regular la práctica de los contratos de maternidad subrogada, por lo que comenzaron a elaborarse proyectos de ley, en la mayoría de los estados.

Otro de los casos, también debatible en la sociedad americana, fue el de Luanne y John Buzzanca, en 1994, quienes, al ser diagnosticados con infertilidad, debido a que él no producía suficientes espermatozoides y ella padecía endometriosis, decidieron buscar donantes de óvulo y esperma para que posteriormente, contrataran un vientre de alquiler que pudiera llevar a cabo la gestación. Ambos firmaron un contrato que expresaba que al término de la gestación la madre sustituta entregaría el bebé a este matrimonio, por su parte los Buzzanca pagaron treinta y cinco mil dólares para llevar a cabo esta técnica.

Unos meses después todo iba bien, hasta que faltando un mes para el nacimiento del bebé, John Buzzanca pidió el divorcio, reusándose a reconocer al bebé que estaba por nacer como suyo, de esta gestación nació una niña, y como fue pactado la gestante entregó a la bebé a su madre. Al momento del registro de la menor, la señora

Buzzanca, exigió que su ex marido reconociera sus obligaciones como padre, pues él también había firmado el contrato de maternidad subrogada.

Siendo así, este caso fue del conocimiento en los Tribunales Familiares de Estados Unidos, primeramente, se dictaminó que la menor, Jaycee Buzzanca, tenía seis padres, es decir los donantes de óvulo y espermatozoides, la madre sustituta y su esposa, y por último los Buzzanca, por lo tanto no tenía padres.

La Corte de Apelaciones, revocó esa deliberación y sentenció que los padres legítimos de la niña son los Buzzanca, consecuentemente debían ser registrados como tal en el acta de nacimiento. También ordenó que Jhon Buzzanca, debía de desempeñar sus obligaciones como padre a pesar de que éste en reiteradas ocasiones expuso que no fue portador del material genético y que no podía reconocer un hijo que no era de él sino de un donante, por lo que debía de proporcionarle a Jaycee una manutención hasta que cumpliera la mayoría de edad.

I.2.7 FRANCIA.

En el año de 1982, el doctor Sacha Geller fundó el Centro de Investigación de Técnicas de Reproducción, fue la primera asociación en Francia destinada a relacionar a matrimonios o parejas estériles con mujeres dispuestas a efectuar esta reproducción asistida. Debido al éxito de este centro, se crearon otros más, como Sainte Ara y Alma Mater, además de Les Cigognes, ésta última desaparecería.

En el pueblo de La Grande Motte, en el sur de Francia, se vivió uno de los casos más notables dentro de este poblado, el de Cristine y Magali Crozel, unas gemelas de treinta y un años, enfermeras de profesión. De esta hermandad, Magali resultó ser estéril situación que le provocó una depresión. Cristine al ver la situación de su hermana permitió que se le inseminara el semen de su cuñado, Denis Sevault y ser portadora del bebé. La gestante dio a luz a un varón en 1983, en sus palabras expresó que aceptó motivada por el amor profundo que tenía a su hermana gemela.

Por otro lado, en 1985 en la localidad de Montpellier, también se llevó a cabo este procedimiento, donde Patricia Lavisse, fue la gestante y al parir entregó al bebé sin oponerse, a la pareja comitente. Patricia recibió cincuenta mil francos, además de otros regalos.

CAPÍTULO SEGUNDO.

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO.

Es de suma importancia para el presente trabajo de investigación realizar un análisis para comprender que en el Derecho se dan diversas formas de regular una institución, lo que es entendible debido a la diversidad cultural, es por ello que en el presente capítulo se estudiará la figura de la maternidad subrogada practicada en diversos países, para lo cual será de gran apoyo la legislación de los sistemas jurídicos nacionales que regulan esta reproducción asistida.

Para emprender este estudio se dividirán los citados sistemas jurídicos nacionales en tres grupos:

- a) Países que la prohíben;
- b) Países que no cuentan con una regulación expresa;
- c) Países que la regulan y autorizan

II.1. PAÍSES QUE LA PROHÍBEN.

Entre los sistemas jurídicos nacionales que prohíben la reproducción asistida se encuentran los siguientes:

II.1.1 ALEMANIA.

La legislación alemana prohíbe y castiga a quienes lleven a cabo ésta práctica, se encuentra fundada en la *Ley de Protección del Embrión*, número 745/90 del 13 de diciembre de 1990, en su artículo 1ro., intitulado *Utilización abusiva de las técnicas de*

reproducción, en el cual detalla las conductas merecedoras de sanción; estableciendo a la letra lo siguiente:

“Ley de Protección del Embrión, n. 745/90 del 13 de diciembre de 1990.

Art. 1.- Utilización abusiva de las técnicas de reproducción.

Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien:

- 1. Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra;*
- 2. Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo;*
- 3. Procediera a transferir a una mujer más de tres embriones en un mismo ciclo;*
- 4. Procediera a fecundar por transferencia de gamentos (sic) intratubaria (GIFT) más de tres óvulos en un mismo ciclo;*
- 5. Procediera a fecundar más óvulos de los que puede transferirse a una mujer en un mismo ciclo;*
- 6. Retirar a un embrión de una mujer antes de su implantación en el útero, con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizando con un fin distinto al de su protección;*
- 7. Practicara una fecundación artificial o transfiriera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento.”¹⁵*

¹⁵ GAMBOA MONTEJANO CLAUDIA (2010). “Maternidad Subrogada: Estudio teórico conceptual y de Derecho Comparado” (Primera parte), Dirección de Servicios de Investigación y Análisis. Subdirección de Política Interior, pp. 20-22.

Como se puede observar la legislación alemana es firme al prohibir que se concrete la maternidad subrogada, ya que la cultura considera que la única manera de ser madre es sólo a través del parto. Es menester señalar que los únicos merecedores a una sanción son las clínicas y los doctores participantes.

Por su parte, el Congreso Médico Alemán ha opinado que esta modalidad de maternidad puede ser propicia para la comercialización de reproducción humana y de la transferencia de embriones.

Durante ese año, 1990, el Ministro de Justicia, Hans Arnold Engelhard, aseguraba que la constante práctica de la fecundación homóloga, sería un parteaguas para el comercio humano ilegal.

El motivo por el cual el Ministro, expresaba su pensar sobre este tema fue debido a que en una de las ciudades más grandes e importantes de Alemania, específicamente Frankfurt, estaba por ser fundada la primera agencia “*Madres de alquiler de la República Federal Alemana (United Families International)*”, la cual recibió una orden judicial para no llevar dichas actividades.¹⁶

II.1.2 AUSTRALIA.

En 1984, en la Estado de Victoria en Australia se elaboró un informe de nombre Waller era exclusivo para este Estado. En este informe se permitía, la donación de gametos y embriones y la congelación de éstos últimos bajo un estricto estado de confidencialidad. Pero prohibía la transferencia de material genético de donantes hacia otra mujer.¹⁷

El informe Waller sirvió de apoyo para la creación de la *Ley Sobre La Infertilidad y Procedimientos Médicos*, creada en 1984 y reformada en 1987, prohíbe la

¹⁶ Íbidem, pág. 22.

¹⁷ CUÉ BRISEÑO, B. E. (2016). “*Maternidad Subrogada*” (Tesis de licenciatura). Universidad Panamericana, Facultad de Derecho, Ciudad de México, pág. 111.

fecundación in vitro para un uso distinto que no sea para investigación, el cual debe estar previamente autorizado para poder llevar a cabo la investigación con dicho material genético y prohíbe también la clonación y creación de híbridos.

Cabe mencionar que, en Australia en el Estado de Victoria, ha sido el único que ha legislado sobre la materia de la maternidad subrogada, teniendo como objetivo anular el contrato del mismo. Únicamente permite la implantación de un embrión producto de un óvulo fertilizado, sea en el cuerpo de la madre solicitante o de otra mujer, siempre y cuando no sea con fines de lucro.

II.1.3 FRANCIA.

Francia es también un país que prohíbe la maternidad subrogada. Se tiene como primer antecedente en Francia la inauguración de la Asociación Nacional de Inseminación Artificial por Sustitución (ANIAS), que de acuerdo a las leyes francesas violaban dos de los artículos más importantes en materia penal, los artículos 345 y 353, que prohíben esta práctica aludiendo que el contrato de maternidad subrogada quedaría invalidado pues el Derecho Francés vela por la integridad humana.

La legislación francesa reconoce como actos lícitos y que no atenten contra la costumbre, la donación de espermatozoides, transfusión de sangre o donación de órganos.

Ahora bien, atendiendo a la legislación de este país, sirve de apoyo del presente trabajo de investigación, se encuentra en el Código Civil Francés los siguientes artículos:

“Artículo 16.7: Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo.”¹⁸

¹⁸ ÁVILA HERNÁNDEZ, C. J. (2017). “La maternidad subrogada en el Derecho comparado”. Revista Cuadernos de Derecho Actual No. 6, España, Editorial: Asociación Xuristas en Acción, pág. 328. Consultado el 10 de octubre de 2019 Disponible en:

Y en el Código Penal Francés son los siguientes artículos:

“Artículo 227.12: Castiga con prisión y multa a los que actúen como intermediarios entre gestante y comitente, estableciendo que, si existe finalidad de lucro, las penas han de doblarse

Artículo 227.13: Castiga la sustitución voluntaria, la simulación voluntaria, la simulación o el engaño que hayan causado un atentado al estado civil de un niño.

Artículo 511.24: El hecho de proceder a actividades de reproducción médicamente asistida con fines distintos a los definidos por el artículo L.152.2 del Código de Salud Pública.”¹⁹

El Comité Consultivo Nacional de Ética Francés, ha debatido bastante sobre el tema de la maternidad subrogada y ha manifestado que este método de reproducción conduciría a la explotación humana comercialmente hablando, consideran que este tipo de gestación atenta contra la ley de la naturaleza, las buenas costumbres e incluso de dejar secuelas fatales para psique del bebé subrogado.

II.1.4 ESPAÑA.

España es otro de los países que prohíbe la maternidad subrogada, al establecer la nulidad de pleno derecho de los contratos que convengan la gestación por sustitución, de forma que la única disposición que se ha encargado dentro de su sistema jurídico encargado de regularla, es la Ley 14/2006, que establece en su Artículo 10, Capítulo II, intitulado *Gestación por sustitución*, lo siguiente:

<https://accedacris.ulpgc.es/handle/10553/40825#:~:text=Cadernos%20De%20Dereito%20Actual%20Resumen%3A%20El%20presente%20trabajo,modalidades%20y%20las%20consecuencias%20derivadas%20de%20su%20pr%C3%A1ctica.>

¹⁹ *ibidem*.

“1. 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.”

II.2 PAÍSES QUE NO CUENTAN CON UNA REGULACIÓN EXPRESA.

II.2.1 ARGENTINA.

Como vimos las diversas acepciones que se le han dado a la maternidad subrogada, en este país prefieren darle el término de *vientre de alquiler*, sin embargo, éste no es legal en Argentina por no haber una legislación expresa que la permita, pero tampoco la prohíbe, es por eso que se encuentran en un vacío legal.

Han presentado en varias ocasiones proyectos de Ley para regularla, sobre todo en el Código Civil Comercial se planteó el problema, pero decidieron descartarla.

Sin embargo, el Artículo 242 del Código Civil de Argentina reconoce como madre legal, aquella mujer que gaste en su vientre a un bebé y lo dé a luz. Es por eso que la interpretación de este artículo nos dice que a pesar de que haya un contrato de maternidad subrogada, la madre gestante será legalmente la madre del bebé y no la de intención, así lo establece el numeral en comento, que a la letra dice:

“Art.242.- La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la

mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido.”²⁰

Lo que se colige en el artículo 243 del mismo Código, aduce que, si la gestante está casada, su marido se presumirá como el padre legítimo del bebé y será registrado reconociéndolos como sus padres legales, dejando de esta manera pocas posibilidades para los padres comitentes de ser reconocidos como tales, lo que señala el citado numeral de la siguiente manera:

“Art.243.- Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario.”²¹

Sin embargo, hay una posibilidad para que los padres comitentes puedan ser reconocidos como padres legales del bebé, y es a través de una figura jurídica denominada “adopción del hijo del cónyuge”. Consiste en que el padre comitente deberá aportar material genético para crear un embrión que será implantado en la madre gestante, o bien que se insemine con este material genético para que el día del nacimiento éste reconozca al bebé como suyo. Debemos recordar que la madre gestante no debe estar casada, por lo dicho anteriormente.

²⁰ Organización de los Estados Americanos. (2015). Código Civil de la República Argentina. Washington D.C.: OEA. Consultado el 03 de noviembre de 2019. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_de_la_republica_argentina.pdf

²¹ Ídem.

Ateniente a este tema si el marido de la gestante impugna la paternidad alegando que hay ausencia de vínculo genético, el padre intencional podrá reconocer al bebé como suyo por haber vínculo biológico, supuesto que se encuentra previsto en los artículos 250 y 259 del Código Civil Argentino, que fijan lo siguiente:

“Art.250.- En el acto de reconocimiento es prohibido declarar el nombre de la persona con quien se tuvo el hijo, a menos que esa persona lo haya reconocido ya o lo haga en el mismo acto. No se inscribirán reconocimientos que contradigan una filiación anteriormente establecida. Quien pretenda reconocer al hijo deberá previa o simultáneamente ejercer la acción de impugnación de la filiación establecida.

Art.259.- La acción de impugnación de la paternidad del marido podrá ser ejercida por éste, y por el hijo. La acción del marido caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo. El hijo podrá iniciar la acción en cualquier tiempo. En caso de fallecimiento del marido, sus herederos podrán impugnar la paternidad si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caducará para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del marido.”²²

Como puede observarse en el sistema jurídico argentino, puede ser reconocido el bebé subrogado como hijo del padre intencional, a través de una prueba de ADN; y

²² Ídem. p.66

por lo que respecta a la madre de intención, ésta deberá adoptar al bebé, procedimiento que legalmente no representa dificultades.

Al respecto, resulta conveniente comentar que, en la provincia de Mendoza, de Argentina, en mayo de dos mil quince, se presentó un posible proyecto para regular esta institución.

Este proyecto principalmente propone velar por los derechos de los participantes para que el acceso a la maternidad subrogada sea de forma igualitaria, haciendo de lado la orientación sexual o estado civil para las personas que tienen deseo de ser padres.

Para lograr esto, tanto los padres comitentes como la madre gestacional deberán celebrar un contrato, solicitando la inseminación a los Tribunales antes de iniciar el tratamiento. Asimismo, establecen un listado de requisitos para que el Juez que sea conocedor de solicitud de inseminación, los analice y dé una resolución favorable, como son la aptitud física y psicológica tanto de los padres intencionales como de la gestante y la acreditación de su incapacidad de gestar.

Por lo que respecta a los médicos partícipes en este proceso, tienen prohibido transferir el embrión sin autorización judicial. Una vez que se tenga la mencionada autorización podrá hacerse la transferencia del embrión, haciendo del conocimiento a las partes de no retractarse de la realización de la maternidad subrogada.

Para la cuestión de la filiación, ésta se hará por sentencia, por lo que tendrán que realizarse trámites de solicitud ante el Juez que concedió la transferencia embrionaria, ya mencionada. La madre gestacional deberá señalar que no tiene vínculo genético con el bebé para que los comitentes puedan tener la paternidad legal del bebé.

También se hace hincapié en que la autoridad judicial deberá de dar su consentimiento para dar autorización para otorgar la filiación, siempre y cuando se cumpla con estos requisitos:

- a) Prioridad al interés superior del menor;
- b) La mujer gestante tiene total capacidad de obrar y buena salud física y psicológica;
- c) Los padres de intención deben demostrar la incapacidad de concebir o llevar a buen término un embarazo;
- d) La gestante no puede aportar sus gametos para la creación del embrión;
- e) La gestante no podrá recibir compensación económica, deberá hacerlo de forma altruista;
- f) La gestante no puede actuar como tal más de dos veces a lo largo de su vida; y
- g) La gestante debe haber dado a luz al menos a un hijo propio.

Y en caso de algún conflicto serán concedores los Tribunales competentes.

II.2.2 COLOMBIA.

En Colombia no está regulada por una ley especial, sin embargo, se considera la maternidad subrogada como lícita a nivel constitucional, legal y administrativo.

La legislación más importante y en la que se apoyan diferentes tratadistas colombianos que hablan sobre el tema objeto del presente trabajo, es la Constitución Política de Colombia, específicamente en el artículo 42, en el cual otorgan derechos y obligaciones y reconocen igualitariamente a los hijos subrogados como a los que nacen de forma natural, en los siguientes términos:

“Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla...

...Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable...”²³

Como tal no existe una legislación especial para esta institución, pero lo que sí hay es una urgente necesidad de regular lo relativo a las técnicas de reproducción asistida, pues los legisladores han considerado que la ciencia ha avanzado y el Derecho se ha quedado atrás, y que sus leyes ya no son suficientes para poder resolver algún conflicto relativo a estas técnicas.

Los avances jurisprudenciales más importantes que han realizado los legisladores colombianos han sido emitidas por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, que a continuación una de mayor relevancia se reproducirá:

“La determinación de la paternidad ya no solo depende de la verdad biológica, sino del consentimiento en la realización de la técnica reproductiva, el cual supone la voluntad de asumir la responsabilidad en la procreación y la misma progenitura, es decir, ejercer la función paterna con todas las obligaciones y derechos que ello implica. Por ello, la impugnación de la filiación no es ni puede ser idéntica en todos los casos, porque si se trata de una filiación por inseminación artificial será absolutamente irrelevante que el padre impugnante intente

²³ GAMBOA MONTEJANO CLAUDIA (2010). “Maternidad Subrogada: Estudio teórico conceptual y de Derecho Comparado” (Primera parte), Óp. cit., p.30.

demostrar la ausencia del vínculo consanguíneo, toda vez que es evidente que el hijo producto de la inseminación heteróloga no es su descendiente biológico; por lo que el padre sólo podrá atacar la presunción pater ist est mediante la demostración de la ausencia de su consentimiento para realizar el proceso de procreación artificial.” (Corte suprema de Justicia, 2017).

Uno de los ejemplos más prácticos es el artículo 92 del Código Civil Colombiano, los legisladores consideraron inexecutable la denominación “de derecho”, pues la Corte Suprema de Justicia ha considerado que esta expresión violaría el reconocimiento de la filiación tanto de los niños que nacen por los métodos naturales como a los niños fruto de las técnicas de reproducción asistida, que a letra dicta:

“Artículo 92.- Se presume que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento.

La calidad de hijo legítimo o extramatrimonial se tendrá de acuerdo con la situación civil de la madre sustituta”²⁴

Visto desde un enfoque constitucional, el Estado colombiano ve correcto que se lleve a cabo la maternidad subrogada siempre y cuando esta se practique con fines altruistas y de resultar contrario y se pida una compensación económica sería penalizado.

En el 2018, se proyectó una ley estatutaria, en la que se aduce que si se lleva a cabo las técnicas de reproducción asistida con fines de lucro sería punible.

²⁴ Organización de los Estados Americanos. (2015). Código Civil de Colombia. Washington D.C.: OEA. Consultado el 03 de noviembre de 2019. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Colombia.pdf

“Ley No. __ (sic) de 2018 (Senado de la República de Colombia, 2018)

Artículo 1. Objeto. La presente ley tiene por objeto prohibir la práctica de la maternidad subrogada con fines de lucro, y regularla para parejas colombianas que presenten incapacidad biológica para concebir. Esto, mediante la protección de los derechos a la dignidad, intimidad, igualdad, autonomía, y la protección del que está por nacer. Artículo

2°. Definición. Se entiende por maternidad subrogada, o comúnmente llamada también alquiler de vientres, todo acuerdo de voluntades, verbal o escrito, a título gratuito o con fines de lucro, unilateral o bilateral, a título personal o por interpuesta persona, que tenga por objeto el compromiso de gestar un bebé y entregarlo a una persona o

a una pareja, cediendo la filiación derivada de la maternidad o renunciando a los derechos sobre el recién nacido. Artículo 3. Todo acto jurídico en el que se pacte la obligación de subrogar o alquilar el vientre con fines de lucro, se entenderá nulo de pleno derecho.

Solamente se permitirá la maternidad subrogada con fines altruistas cuando: 1. Se realice entre nacionales colombianos; 2. Se presente certificado médico en el que se demuestre incapacidad física o biológica para concebir. 3. Se realice entre sujetos que gocen de plena capacidad que conste mediante declaración extrajudicial juramentada.

Artículo 4. Adiciónese el artículo 188E a la ley 599 de 2000, el cual quedará así: 188E: De la maternidad subrogada con fines de lucro: “El que promueva, financie, pague, colabore o constriña a una mujer a llevar a cabo un contrato de alquiler de vientres con fines de lucro incurrirá en prisión seis (6) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a

cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Artículo 5: El Ministerio de Salud reglamentará la maternidad subrogada sin fines de

lucro; considerando las obligaciones de la madre gestante y de los solicitantes, y teniendo en cuenta los parámetros establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Artículo 6. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas aquellas disposiciones que le sean contrarias.” ²⁵

II.2.3 ESTADOS UNIDOS.

Estados Unidos de América se integra de estados independientes y por ende cada uno tiene una legislación diferente institución jurídica. De lo que se colige en materia familiar, cada estado tiene su propio *derecho de familia*, lo que es una gran oportunidad a nuestro objeto de estudio para observar las diferentes formas de legislar la maternidad subrogada.

En la actualidad no hay leyes que expresamente permitan o prohíban que se lleve a cabo la maternidad subrogada, por lo que al haber un vacío jurídico hay una permisividad para poder practicarla.

Lo que es cierto es que la maternidad subrogada se encuentra fundamentada en el Derecho a la Privacidad apoyándose de la Constitución que decreta el derecho de cualquier persona de llevar a cabo algún procedimiento de técnicas de reproducción, dejando a un lado al Estado, a excepción de que éste presuma tener un derecho superior, tratándose de un interés social.

La mayoría de los estados han votado favorablemente por la maternidad subrogada, los cuales se les ha llamado *surrogacy-friendly*, pero también no todos

²⁵ Senado de la República de Colombia. (2018). Proyecto de Ley No. 070 de 2018 Senado - Maternidad Subrogada. Bogotá D.C.: Senado de la República. Consultado el 04 de noviembre de 2019. Disponible en: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2018%20-%202019/PL%20070-18%20Maternidad%20Subrogada.pdf>

concuerdan con sus condiciones es por eso que se distinguirá el territorio norteamericano en dos:

- Los que si apoyan a la maternidad subrogada en sus leyes.
- Donde se practica, pero no tienen fundamento legal.

Pero por lo que atañe al título nos enfocaremos a la segunda clasificación.

Los estados de Alabama, Maryland, Iowa, Illinois, Wisconsin, en los proyectos legislativos éstos pretenden que se prohibida la maternidad subrogada, sin importar si ésta se practique con fines lucrativos o altruistas.

Mientras que Kentucky, Pensilvania, Oregón, Florida, Michigan, Nueva Jersey, New York, están en contra de que se practique con fines comerciales.

A pesar de ello se han considerado estados fiables para practicarla, aunque no haya legislación y son los que mayor atractivo han tenido por las facilidades que confieren.

Lo conducente al reconocimiento de la filiación algunos estados pueden limitarse a reconocer sólo al padre biológico, llevando a la madre comitente a realizar un trámite de adopción. En ocasiones la sentencia puede variar según el tribunal que tenga conocimiento de ello.

II.2.4 CHILE.

En Chile prefieren denominarle como vientre de alquiler. Actualmente no hay ninguna legislación que regule la maternidad subrogada.

El Estado chileno, ha discutido sobre este tema y han llegado a una conclusión que de hacer una legislación para regularla sería para se practique de manera altruista, con el propósito de hacerle frente a la infertilidad.

En el año de dos mil diecisiete, tres diputados chilenos presentaron un proyecto de ley para regular y autorizar las técnicas de reproducción asistida.

El objetivo de estos diputados es poner una solución para impulsar la tasa de natalidad en Chile, pues en los últimos diez años ésta ha disminuido, se acompañó de un estudio sociológico para determinar las causas por las cuales ha disminuido la natalidad y entre estas causas se encontró que hay un creciente padecimiento de infertilidad entre las parejas.

Su argumento aboga a que cualquier persona que asista para practicárselo debe ser tratado dignamente y sin discriminar su estado civil u orientación sexual. Y lo más importante es que se practique con la finalidad de ser solidario y altruista con la pareja, además de que sólo puede pagarse los gastos generados del embarazo más no por cuestión de honorarios.

De ser posible la aprobación de este proyecto de ley, deberá cumplir los siguientes requisitos la madre gestacional:

- a) Ser de nacionalidad chilena;
- b) Ser residente legal en el país;
- c) Carecer de antecedentes penales;
- d) Tener una edad comprendida entre 25 y 45 años;
- e) No tener relación de ningún tipo con los padres de intención; y
- f) Haber gestado un hijo sano con anterioridad.

Como bien se ha dicho no existe legislación chilena que contemple la maternidad subrogada, y mucho menos ve una posibilidad de que un matrimonio recurra a estas técnicas pues algunos consideran que el certificado de parto justifica la maternidad de una mujer que acaba de dar a luz a un hijo.

Asimismo, las parejas que buscan la manera de procrear también se les prohíbe acceder a la adopción directa que consiste en que una pareja se pone de acuerdo con otra para reconocer legalmente como suyo al bebé.

La única solución para estas parejas es que viajan al extranjero a los países que sí la admiten y practicárselo.

II.2.5 INGLATERRA

En mil novecientos ochenta y cuatro se creó un informe denominado *Warnock*, éste manifestaba que al no haber alguna ley que expresamente permita o deniega, no debe perseguirse a quienes se practiquen algún tratamiento para poder concebir de manera subrogada.

No fue hasta mil novecientos ochenta y cinco, que los legisladores ingleses decidieron crear una ley, *Surrogacy Arrangements Act*, en la que castiga penalmente a quienes publiciten de manera comercial la maternidad subrogada para fomentar a celebrar contratos para dicho fin. Lo que busca a resumidas cuentas esta ley, es que solamente se le castigue a los mediadores de este tratamiento, a quienes lo promuevan con fines mercantiles, dejando asentado que las parejas y la madre gestacional no recibirán castigo alguno.

Cinco años después, la legislación anterior fue superada por la *Human Fertilisation And Embryology*, entre tanto destaca que todo acuerdo que se celebre con el objetivo de llevar a cabo la maternidad subrogada, éste en automático sería invalidado, e incluso impone que de llevarla a cabo la madre que será reconocida legalmente será la gestacional.

III.1 PAÍSES QUE LA REGULAN Y AUTORIZAN.

III.1.1. CANADÁ.

Como primer antecedente se tiene el informe *Ontario Law Reform Comision*, el cual admitió que se practicara la maternidad subrogada, aparte de sugerir que se pusiera en marcha el crear una ley para regularla.

Es así que nace la ley *Assited Human Reproduction Act*, dándole a Canadá fundamento legal para regular la maternidad subrogada. Ésta le permite a cualquier modelo de familia concebir un hijo a través de una reproducción asistida, sin importar estado civil, económico y preferencia sexual.

La maternidad subrogada en la legislación canadiense la permite siempre y cuando ésta sea con una finalidad altruista, es decir que la gestante no podrá recibir ninguna compensación económica por subrogar su vientre, únicamente se admite que los padres de intención corran con los gastos derivados del embarazo, tales como: consultas médicas, medicamentos que sean necesarios para que sea fructífero el embarazo, entre otras necesidades básicas, así como compensar los días que no labore por recomendación del doctor para guardar reposo.

Un requisito más que marca su legislación es que la madre gestacional deberá tener más de veintiún años cumplidos, sin especificar si debe ser soltera o casada.

Por lo que respecta a la filiación del bebé nacido por subrogación, queda firme por sentencia judicial antes del nacimiento. Además, el bebé adquiere la nacionalidad canadiense aparte de la nacionalidad de los padres de intención, si éstos son extranjeros.

Asimismo, queda prohibido alguna intervención comercial para llevar a cabo algún convenio comercial para llevar a cabo la gestación subrogada.

Pero, así como la ley es permisiva en que extranjeros como canadienses puedan practicarse éste método de reproducción asistida, hay una desventaja y es que como

esta actividad es sin fines de lucro y la madre gestacional tiene prohibido recibir alguna prestación pecuniaria, muchas mujeres no optan por alquilar su vientre, haciendo de Canadá un país con menor recurrencia.

Varios tratadistas estudiosos sobre este tema aseveran que en la única provincia que está prohibida la maternidad subrogada es Quebec, pues esto es falso, ahí no es ilegal y tampoco se les persigue a quienes la practiquen, pero la problemática está en que la Ley de Quebec considera al contrato de maternidad subrogada como nulo, dejando sin derecho a los padres comitentes para reclamar el bebé en caso de que la madre gestacional decida quedarse con el bebé.

Por otro lado, los tribunales de Quebec aportan en sus leyes que hay una inseguridad jurídica para el bebé subrogado pues se trataría de resolver sobre quien tiene el mayor derecho sobre él.

III.1.2. BRASIL.

En Brasil, la gratuidad presupone legalidad, esto es porque en su Constitución queda estrictamente prohibido lucrar con órganos, tejidos o similares.

En este país no existe una ley que regule esta institución, sin embargo, el Consejo Federal de Medicina de Brasil, si ha regulado sobre ésta en una resolución nominada *Resolución del Consejo de Medicina 2.121/2015*, declarando que la gestación subrogada puede practicarse siempre y cuando sea por altruismo, además de enumerar los requisitos para la gestante y los padres comitentes.

Como en el país preliminar, esta resolución indica que este tratamiento será altruista, la madre gestacional no podrá recibir compensación alguna, y que los comitentes tendrán que absorber los gastos y de no hacerlo la gestante podrá acudir ante un órgano jurisdiccional para que, por medio de una sentencia, los padres de intención corran con los gastos de manutención durante el embarazo. Una similitud más que podemos encontrar es que cualquier modelo de familia tiene derecho a procrear

por medio de este método, no obstante, no menciona si los hombres solteros pueden ser candidatos a procrear un bebé por este medio.

Los requisitos que demarca esta resolución son los siguientes

- a) La gestante debe pertenecer a la familia de alguno de los comitentes, este deberá estar en primer, segundo, tercer o cuarto grado de parentesco
- b) La gestante no podrá superar de los cincuenta años de edad.
- c) Se requiere del expreso consentimiento de las partes que participen en el proceso, inclusive si la gestante está casada también se le pedirá su consentimiento.
- d) Para el centro médico donde se llevará a cabo la subrogación, se le exigirá una serie de documentación como informe psicológico, médico dónde se especifique que los comitentes están incapacitados para procrear, así como un contrato firmado por los presentes, además de una cláusula que enuncie la prohibición de la interrupción del embarazo una vez iniciado, salvo los casos que prevea la ley.

Por lo que hace a la filiación, la referida resolución no certifica el reconocimiento de los comitentes como padres legales del bebé subrogado, del mismo modo no hay legislación para esta problemática, ya que en su artículo 1597 de su Código Civil, considera los siguientes supuestos para la presunción de paternidad:

“Artículo. 1.597.- Se presume que lo siguiente se concibe en la constancia del matrimonio:

I.- [...];

II.- [...];

III.- Tuvo por fecundación homóloga, incluso si el esposo ha fallecido;

IV.- Ocurrió, en cualquier momento, en el caso de embriones excedentes, como resultado de diseño artificial homólogo;

V.- Nacidos por inseminación artificial heteróloga, siempre que cuente con autorización previa del esposo.”

Es así que en ningún apartado hace alusión a la maternidad subrogada, es por eso que algunos tratadistas han sugerido que la madre intencional debería de ser reconocida como madre legal a través de una sentencia judicial.

Lo que es cierto es que en Brasil no debe de haber discriminación entre hijos legítimos e ilegítimos, concebidos de manera natural o adopción como a los que son nacidos de vientres subrogados.

Para finalizar, Brasil al igual que Canadá no son considerados por extranjeros, ni por sus ciudadanos confiables para llevar a cabo el tratamiento de reproducción asistida, porque no hay una garantía jurídica de que el bebé será reconocido como hijo de los padres comitentes.

III.1.3. ISRAEL.

Israel prefiere el término de *vientre de alquiler* y esta institución es legal. Su fundamento legal se encuentra en la *Ley 5756 sobre acuerdos de gestación por sustitución*.

Es importante subrayar que en este país el sostén de sus leyes se encuentra en la religión judía, por lo que en cuestión de la maternidad subrogada solamente es aprobada para parejas heterosexuales, pueden estar casados o no, prohíben a hombres o mujeres solteros sin pareja y a homosexuales llevar a cabo esta forma de reproducción asistida.

Empero los homosexuales si pueden procrear por medio de la maternidad subrogada en el extranjero y una vez llegando a Israel el hijo será reconocido como hijo de ellos.

Es menester mencionar que en la *Ley 5756*, expone que únicamente podrán llevar a cabo la gestación subrogada los ciudadanos de Israel, dejando a los extranjeros fuera de posibilidades para recurrir a este país para llevar a cabo esta técnica.

El listado de requisitos para poder ser apto y llevar a cabo la maternidad subrogada son los siguientes:

- a) Tener entre 18 y 52 años
- b) Residir y ser ciudadano israelí, este requisito es para las tres partes, es decir los padres comitentes y la madre gestacional.
- c) Las partes deben profesar la misma religión para evitar alguna idea u opinión contradictoria por su religión. Es importante destacar que la religión que profesan la mayoría de sus ciudadanos es el judaísmo, este culto determina la religión del bebé.
- d) Hay una incapacidad para poder lograr un embarazo.
- e) Evaluación médica y psicológica de los partícipes, ésta la realiza un trabajador social.

El tratamiento consiste en que el padre comitente deber aportar material genético (semen) y la madre comitente puede que aporte su óvulo o bien, si la calidad de este no es buena, puede recurrir a una donante.

Por lo que hace a los requisitos de la madre gestante son los siguientes:

- a) La edad para ser apta al tratamiento es de 22 a 38 años de edad.
- b) No podrá ser familiar directo de los padres comitentes.
- c) No podrá aportar su material genético.
- d) Si es divorciada, tiene que tener al menos 7 meses cumplidos desde que adquirió ese estado civil.

- e) Debe de tener de uno a tres hijos como mínimo.
- f) La madre gestacional no debe tener antecedentes de drogadicción, alcoholismo, ser fumadora y tampoco contar con antecedentes penales

Una de las problemáticas a destacar de estos requisitos es que, si la gestante llegase a ser casada y da a luz al bebé subrogado, éste no será considerado hijo de su esposo, al contrario, la religión lo denomina *mamzerut* que significa hijo nacido de una relación prohibida.

Por otra parte, también serán motivo de estudio los acuerdos que se celebren entre los padres comitentes y las agencias intermediadoras, si es que lo hubiese. El Estado Israelí salvaguardará los derechos de quienes participan en este tratamiento, así como brindarles la información necesaria y una vez teniendo el consentimiento de las partes saber que han optado por esta técnica de manera libre y consciente.

Para la validez del contrato de gestación subrogada, deberá ser analizado y aprobado por una comisión estatal, compuesta por siete miembros, en la cual participan tres hombres y tres mujeres.

- Dos especialistas gineco-obstetras
- Médico especialista en medicina interna
- Psicólogo
- Trabajador social
- Jurista representante del Estado Israelí
- Representante de la religión que profesan las partes.

En el contrato debe especificarse el lugar donde se llevará a cabo el tratamiento, debe precisarse el número de intentos en caso de que la gestante no

pueda quedar embarazada desde el comienzo del tratamiento, marcando como máximo 6 intentos.

Para darse la terminación del embarazo, deberá ser examinado y autorizado por el médico, instaurando la cantidad que deberá recibir la gestante por los daños resultantes del tratamiento.

Sobre los costos de este tratamiento, la ley no exige una compensación para la madre gestante. Sin embargo, sí estarán obligados los padres de intención a remunerarla en caso de que pierda su empleo, ingresos económicos, ayuda social u otros, como consecuencia del tratamiento de reproducción asistida.

La cuantía a remunerar se fijará en el contrato, previamente la comisión deberá aprobarla, la compensación deberá ser depositada mensualmente si se presentan las siguientes causales del proceso:

- Molestias del embarazo.
- Que en los seis intentos la madre no se pudo lograr el embarazo
- Que a causa del embarazo se le incapacite para trabajar, dando como resultado una disminución de sus ingresos económicos.
- Ropa de maternidad, así como gastos familiares.
- En caso de hospitalización.

La misma ley tampoco prefija la cantidad, esta será a criterio de los padres de intención y de la comisión. Lo que sí contempla la ley es el pago del asesoramiento legal misma que los padres intencionales le garantizarán a la gestante asesoría legal individual, además de que ella podrá recibirla del abogado de su elección; así como seguro médico.

Lo respectivo a la filiación del bebé subrogado, la ley es estricta para seguir una lista de procedimientos para que éste sea reconocido como hijo de los padres intencionales.

Dentro de las veinticuatro horas póstumas al nacimiento, se debe notificar a las autoridades competentes, quienes de manera temporal entregaran al bebé a los padres comitentes bajo observación de un agente quien velará por la seguridad y bienestar del bebé.

Antes de transcurrir los siete días del nacimiento, los padres intencionales deberán solicitar una orden de paternidad, dicha orden será aceptada si no se vulneran los intereses y derechos del bebé.

Una vez obtenida favorablemente la orden de paternidad, los padres intencionales serán legalmente padres del bebé, sin que esta sea revocada por la madre gestacional.

En caso dado que la madre gestacional decida quedarse con el bebé, no será una imposibilidad para que se les niegue a los padres comitentes la orden de paternidad y la custodia total del bebé, a menos que el agente o trabajador social informe que los derechos del bebé corren riesgo si se le otorga la custodia a los padres comitentes, sería la única razón por la cual no procedería la filiación del bebé con sus padres intencionales.

III.1.4. FEDERACIÓN DE RUSIA.

Rusia es uno de los países donde el vientre de alquiler es legal, asimismo está permitido para parejas heterosexuales, así como para mujeres solteras que no han podido llevar a cabo un embarazo.

La legislación rusa al ser tan liberal es atractiva para los extranjeros en donde sus países no les dan oportunidades para formar una familia por medio de las técnicas de reproducción.

La ley número 5487-1 “*Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación*” regula las bases de la maternidad subrogada en este país, así como su Código de Familia, específicamente en los artículos 51.4 y 52.3 se encuentran los aspectos legales de la maternidad subrogada.

A continuación, trataremos sobre la ley número 5487-1 “*Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación*”, ésta permite que los extranjeros y nacionales puedan acceder a un tratamiento de reproducción asistida cumpliendo con los siguientes requisitos:

- a) La madre gestante no puede aportar su material genético, los padres de intención son quienes lo aportaran o en su defecto podrá ser un donante.
- b) En el caso de las mujeres solteras, deberán aportar su material genético y no podrán solicitar una donante.

Como ya se ha dicho la ley rusa es una de las más liberales del mundo, pero tiene una limitante para las parejas homosexuales al dejarlos sin acceso al tratamiento de reproducción asistida.

El anexo número 1 a la Orden del Ministerio de Salud Pública número 67 “*Sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina*” de veintiséis de febrero de dos mil tres, enlista las causales para que la madre de intención sea candidata para acceder a este tratamiento.

- Ausencia del útero (congénita o adquirida);
- Deformación de la cavidad o del cuello uterino debida a alteraciones congénitas del desarrollo o provocada por una enfermedad;

- Sinequias de la cavidad uterina que carecen de tratamiento;
- Enfermedades somáticas a consecuencia de las cuales queda contraindicada la gestación;
- Reiterados intentos fallidos de la FIV cuando, pese a haber obtenido embriones de alta calidad, la transferencia de los mismo ha conducido a un embarazo²⁶

Asimismo, del citado Anexo número 1 a la Orden Ministerial, enlista los requerimientos de la madre gestacional, pues no cualquiera puede serlo. Los requisitos son los siguientes:

- Tener entre 20 y 35 años de edad;
- Tener un hijo propio sano;
- Tener una buena salud psíquica y somática.²⁷

En el Código de Familia en el artículo 51, expone el procedimiento de filiación del bebé subrogado, que a la letra dice:

“Artículo 51: Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la aplicación de la fecundación in vitro o la implantación del embrión se inscribirán en el Libro de Nacimientos como los padres del niño nacido por medio de dichas técnicas.

Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la implantación del embrión en el útero de otra mujer con el fin de que lo gesté, sólo serán inscritos como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que lo haya parido (mujer subrogada)”²⁸

²⁶ Surrogacy.ru. (s.f.). Surrogacy in Russia and abroad. Consultado el 01 de diciembre de 2019. Disponible en: https://surrogacy.ru/es/surrogacy/surrogacy_russia_abroad/

²⁷ Ídem.

²⁸ Ídem.

Dejando esclarecido que los padres legales del bebé nacido a través de las técnicas de reproducción asistida serán los padres de intención, siempre y cuando la madre gestacional renuncie a sus derechos como gestante del bebé, dando a lugar que el bebé será registrado con los apellidos de sus padres de intención.

Por lo que hace a la Ley número 143-FZ “*Sobre las actas de estado civil*”, de quince de noviembre de mil novecientos noventa y siete, en el artículo 16 refiere a la documentación que deberán presentar los padres de intención para que el bebé subrogado sea reconocido como hijo legítimo:

- El documento en el que consintieron la implantación de su material genético para que el embrión fuera gestado en el vientre de una mujer ajeno al matrimonio.
- Un documento expedido por una Institución Médica en que la madre gestacional renuncie a los derechos que tenga sobre el bebé, así como el deseo de que el bebé sea registrado con los apellidos de los comitentes.

En la práctica, los abogados rusos aconsejan a los padres intencionales que una vez nazca el bebé sea registrado en el Registro Civil, para evitar que la madre gestacional decida quedarse con la custodia del bebé, así las cosas, su Código Familiar señala que, no habiendo ningún vínculo genético entre ella y el bebé, la ley la reconoce como su madre legítima, es por eso que les aconsejan agilizar el trámite para evitar que la madre gestacional busque chantajear u obtener un lucro de los padres comitentes.

CAPÍTULO TERCERO.

MATERNIDAD SUBROGADA EN EL MARCO JURÍDICO MEXICANO.

Después de haber realizado un exhaustivo estudio que va desde la conceptualización de la maternidad subrogada hasta el análisis de las diversas

legislaciones que la regulan en diferentes sistemas jurídicos nacionales, es momento de analizar la maternidad subrogada en el marco jurídico mexicano vigente.

México es un país que se ha mantenido a la vanguardia en aspectos tecnológicos; sin embargo, en lo que respecta en avances médicos no lo es tanto. Es por eso que, en el país, el proceso médico de la maternidad subrogada se lleva a cabo únicamente en dos estados de la República.

Se tiene como antecedente que en el derecho comparado existen vacíos legales e ideas contrapuestas sobre las técnicas de reproducción asistida, lo que también sucede en México, toda vez que sólo en dos entidades federativas se encuentra regulada esta institución jurídica en sus códigos civiles y familiares, mientras que en ciertos estados no ha sido tema de análisis legislativo y en los que han entrado a su análisis, que por cierto son muy pocos, lo han hecho para prohibirla.

III.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1917.

Iniciaremos el presente capítulo analizando el tema objeto del presente trabajo de investigación a la luz de nuestro máximo ordenamiento, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ello debido a que se trata de la Ley suprema de nuestro país y, por lo mismo, de ella emanan leyes, tratados, reglamentos, decretos y demás disposiciones jurídicas que rigen la vida de las y los mexicanos, por lo que es el, también, sustento de todas las instituciones que rigen la vida del pueblo mexicano.

En virtud de lo anterior, se hará el análisis de la maternidad subrogada, considerando, en primer término, el contenido del segundo párrafo del artículo 4° constitucional, en el que se establece como derecho humano fundamental de las personas el de decidir de manera libre sobre el número y espaciamiento de los hijos, estableciendo para ello a la letra:

“Artículo 4o.- La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.”

El contenido del citado numeral nos lleva a considerar que si bien es cierto que se reconoce el derecho de decisión que tienen las y los mexicanos sobre el número de hijos que deseen procrear, no menos cierto es que, según un estudio realizado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Consejo Nacional de Población (CONAPO), entre cuatro y cinco millones de mexicanas y mexicanos se encuentran en edad fértil, pero tienen dificultades para procrear hijos.²⁹

Apoyándose de las estadísticas de los organismos mencionados, el gremio médico mexicano ha llegado a la conclusión de que los problemas de infertilidad se han incrementado cada vez más en México debido a que la población tiene una vida sometida al estrés, mala alimentación y al consumo de alcohol y tabaco, además de problemas hormonales y genéticos.

Sobre el particular, la OMS también ha señalado que actualmente, entre las causas de esterilidad de las mujeres mexicanas, se encuentran la endometriosis, el síndrome de ovario poliquístico y las enfermedades de transmisión sexual, enfermedades que aquejan aproximadamente a siete millones de mexicanas.³⁰

²⁹ Senado de la República. (2019). Gaceta de la Comisión Permanente del Senado de la República. Consultado el 05 de enero de 2020. Disponible en: https://www.senado.gob.mx/65/gaceta_comision_permanente/documento/35481

³⁰ Organización Mundial de la Salud. (2023). Infertilidad. Consultado el 05 de enero de 2020. Disponible en: https://www.who.int/es/health-topics/infertility#tab=tab_1

Es por ello que, en los últimos años, varias de las parejas que se han visto afectadas por problemas de infertilidad para poder procrear a sus hijos, han optado por apoyarse de las técnicas de reproducción asistida.

Desafortunadamente, la tendencia a la infertilidad no parece que vaya a revertirse sino todo lo contrario, parece ser que la tasa de infertilidad en México y en el mundo tenderá a incrementarse, de ser así, millones de mexicanas y mexicanos estarían optando por procrear a través de la figura jurídica de la maternidad subrogada. De ahí la importancia de que en nuestra Constitución Política se reconozca y apruebe su práctica y se reglamente en las leyes federales y locales de nuestro país.

Este padecimiento de infertilidad que hoy día aqueja a la población mexicana y la organización de la familia, está obligando a cambiar las costumbres y usos sociales del pueblo mexicano sobre la manera de concebir a la familia nuclear, pues si bien en un principio la sociedad mexicana daba por hecho que para procrear hijos lo ideal sería hacerlo de manera “*natural*”, lo cierto es que en pleno siglo XXI, debido a la problemática existente, no sería inusual ni tampoco considerado como algo anormal, el que las parejas sin importar su estado civil o preferencia sexual decidan procrear a través de un método de reproducción asistido, considerando los problemas de infertilidad a los que se enfrentan.

Lo anterior, revela la necesidad de regular y salvaguardar la maternidad subrogada y las nuevas figuras socio-jurídicas que irán surgiendo sobre la temática en cuestión, para que de esta manera se protejan los derechos de las mujeres y hombres que quieran ejercer su derecho humano a procrear a sus hijos. En ese sentido, lo que la Constitución mexicana garantiza a sus ciudadanos, tratando en específico el tema de investigación, es la protección y, sobre todo, el reconocimiento de la maternidad en todas las modalidades en que existen o puedan existir en el futuro para dar cumplimiento a este derecho humano reconocido en la Constitución. Lo que lleva a

concluir que México debe regular urgentemente la figura de la maternidad subrogada en todo su territorio.

En este orden de ideas, resulta conveniente continuar con el análisis del párrafo cuarto del artículo en comento, el cual, en su párrafo segundo, establece que:

“Artículo 4o.- (...)

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.”

De acuerdo con el citado párrafo el Estado mexicano está obligado a garantizar a sus gobernados los servicios de salud necesarios, facilitándole el acceso a los mismos, para que éstos estén en posibilidad de alcanzar sus fines personales, entre otros, debe entenderse el de la procreación e integración familiar.

Es por ello que, si se analiza con detenimiento el contenido del artículo en comento, se encuentra el fundamento constitucional para reglamentar la maternidad subrogada como un derecho que debe ser reconocido y reglamentado en las leyes locales y federales como ya se ha dicho, pues la salud entre otros derechos constitucionales que reconoce la Ley fundamental mexicana, contempla como un derecho el de la procreación sin importar la modalidad, en donde el Estado mexicano está obligado a garantizar, con apoyo de las Instituciones correspondientes, el bienestar físico y mental de sus ciudadanos para lograr el mejoramiento de la calidad de la vida humana, garantizando la protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social, los cuales tienen sustento en la familia.

El poder decidir el número de hijos que se desea tener, y contando con la protección del Estado otorgando servicios de salud de fácil acceso, con el objetivo de lograr el bienestar físico y mental, es un derecho humano de toda persona; al respecto, resulta conveniente comentar que la salud emocional de una pareja que no puede tener hijo alguno, se ve vulnerada cuando no se le garantiza el acceso a la reproducción asistida, lo que implica una flagrante violación a su derecho humano a contar con una familia, derecho que no se le puede ni debe coartar, pues de hacerlo se estará violentando el mandato constitucional establecido en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que a la letra dice:

“Artículo 1o. 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.”

La Constitución reconoce en su parte dogmática los derechos humanos de todas las personas que habitamos el territorio nacional y las garantías para hacerlos valer. Uno de esos derechos fundamentales es poder tener acceso a integrar una familia nuclear, sin que se establezca en ninguno de sus numerales que la única forma de procreación sea por métodos naturales, lo que implica que no puede impedirse a ninguna persona que lo haga a través de otros métodos como puede ser la maternidad subrogada. Es por ello que, si se analiza la maternidad subrogada, debe concluirse que es un derecho humano a la libertad específica de procreación que se deriva del párrafo segundo del artículo 4º constitucional, el cual establece el derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos; precepto que obviamente no se está refiriendo a un tipo o modalidad de

reproducción, sea ésta natural o asistida por tratamiento médico; o sea que en aquéllos casos en que por causas de esterilidad provocada como consecuencia de los trastornos biológicos, genéticos u hormonales que les impiden tenerlos por el medio natural, se tiene el derecho a reproducirlos por otros medios de carácter científico.

De igual manera, en el artículo 1º al que se refiere el presente apartado, en su último párrafo, regula el derecho humano a la no discriminación, que de igual forma tiene efectos en la institución de reproducción asistida, pues establece que:

“Artículo 1º. - (...)

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

El párrafo en comento tiene especial relevancia para el tema que nos ocupa en cuanto a que prohíbe la discriminación motivada por discapacidades, ello implica que no puede limitarse a las parejas para tener hijos por medio de reproducción asistida, cuando se encuentran incapacitados para procrear hijos, ya que es un derecho humano que tenemos todas y todos los mexicanos por mandato constitucional, así como las demás personas que se encuentren en el territorio nacional.

Lo anterior, tiene mayor importancia si se toma en consideración que en la mayoría de los estados contemporáneos, con excepción de Brasil y Colombia, han declarado que los hijos subrogados no deben ser discriminados, pues al final son seres humanos, de ahí que se pueda afirmar que la maternidad subrogada es aceptada y, por lo tanto, ha adquirido carta de naturalización en la mayor parte de los países del mundo actual. Así, el Estado mexicano debe garantizar que no habrá discriminación o

preferencia a quienes nazcan por medio de las técnicas de reproducción asistida, lo que además asegurará que se les reconocerá con los mismos derechos por el hecho de ser humano, como cualquier persona.

Asimismo, no hay que olvidar que la maternidad subrogada no puede llevarse a cabo sin tener el consentimiento de las partes, el de los padres comitentes y la madre gestacional, quien tiene un derecho de decidir si prestar su vientre para que, de él, una pareja pueda lograr el objetivo de formar una familia.

El Estado debe garantizar a las parejas o personas que opten por las técnicas de reproducción asistida, su derecho a optar por esta modalidad procreativa, pues no existe duda de que este precepto constitucional es muy claro respecto a que se debe respetar la decisión de una pareja o individuo de poder tener el número de hijos que deseen a través de la maternidad subrogada, y que por esto no puedan ser perseguidos por la autoridad, toda vez que buscar otras alternativas para poder procrear no los hace cometer un delito.

Por otro lado, en el artículo 49 constitucional en su primer párrafo, nos hace referencia a los tres poderes en que se divide el Poder de la Federación, que a la letra indica lo siguiente: *“Artículo 49. El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.”*

En tanto que el numeral 50 de nuestra Ley fundamental establece que: *“Artículo 50. El poder legislativo de los Estados Unidos Mexicanos se deposita en un Congreso general, que se dividirá en dos Cámaras, una de diputados y otra de senadores.”*

Dichos numerales son importantes para nuestro estudio, debido a que el Poder Legislativo es el órgano constitucional encargado de generar las normas y leyes que regulan la vida de los mexicanos, por lo que está obligado a actualizar el marco jurídico de conformidad con las facultades que le concede la Constitución en su artículo 73,

adecuándolo a la nueva realidad para resolver los problemas que se van generando dentro de la sociedad, como lo es el tema de la maternidad subrogada.

La cual es una consecuencia de los problemas que enfrentan las sociedades modernas el relacionado con las parejas jóvenes que se encuentran incapacitadas para procrear hijos, cuestión que en muchos casos les impide formar familias estables debido a que, jurídicamente, como es el caso del sistema jurídico mexicano, se encuentran impedidos de recurrir a métodos de concepción asistida, de ahí que sea importante que los legisladores se ocupen de analizar y discutir la necesidad de crear un nuevo marco jurídico que dé respuesta a los problemas que plantean las nuevas realidades del mundo actual.

Al respecto, se considera conveniente comentar que, desde el punto de vista de la autora del presente trabajo de investigación, la Ley fundamental mexicana si establece el derecho a la procreación asistida, toda vez que al señalar en el párrafo segundo del numeral 4º que: *“Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”*, no hace referencia a que este derecho humano únicamente pueda ejercerse a través de medios naturales, lo que implica que pueda ser ejercido por cualquier medio, entre otros, el de la procreación asistida. No obstante lo anterior, para evitar cualquier interpretación restringida que se le pudiese dar a la citada porción normativa, se considera conveniente adicionarla para dejar claro que dicho derecho puede ejercerse por medio de cualquier forma de procreación, siempre y cuando ésta no implique un delito.

Independientemente de lo anterior, debe quedar clara que la interpretación de dicho precepto constitucional debe hacerse a la luz del principio pro persona establecido en el párrafo segundo del artículo primero de nuestra Ley fundamental, mismo que mandata que las normas relativas a los derechos humanos deben interpretarse de conformidad con la misma y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo

en todo momento la protección más amplia a las personas, por lo que en el caso que nos ocupa la interpretación más amplia debe entenderse que es reconocer todos los medios a su alcance para poder formar una familia.

III.2. LEY GENERAL DE SALUD.

Dentro del marco jurídico vigente mexicano, el derecho a la procreación de manera libre, responsable y espaciada, se encuentra regulado en la Ley General de Salud que se encarga de establecer las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social.

Es por ello que se analizará, en primera instancia, el artículo 1° Bis de la Ley General de Salud, que en forma genérica contempla el derecho a gozar de una buena salud, lo cual obviamente tiene que ver con la salud física, mental y social, que sólo puede ser concebido a través de la protección de la organización y el desarrollo de la familia; el precepto en cuestión establece lo siguiente: *“Artículo 1o. Bis.- Se entiende por salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.”*

Lo anterior robustece la idea de que los fines del Estado mexicano, a través de sus instituciones, en el caso concreto de la salud, tendrá como prioridad que la población goce de bienestar físico, mental y social.

En este orden de ideas, se puede concluir que los padres que desean tener hijos y están imposibilitados para procrearlos, se encuentran en un estado físico, mental y social afectados, por lo que el Estado mexicano, a través de la Ley General de Salud y sus leyes locales, deben hacer realidad el derecho a la salud reproductiva establecido en el citado mandato constitucional.

Lo anterior, se encuentra regulado por el artículo 2° de la Ley General de Salud en sus fracciones I, II y III, que garantiza el derecho a la protección de la salud en los siguientes términos:

“Artículo 2o.- El derecho a la protección de la salud, tiene las siguientes finalidades:

- I. El bienestar físico y mental de la persona, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;*
- II. La prolongación y mejoramiento de la calidad de la vida humana;*
- III. La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social; [...].”*

Por su parte, la fracción V del artículo 3° de la mencionada ley, señala como materia de salubridad todo lo referente a la planificación familiar, con lo cual da competencia a la actual Secretaría de Salud para atender todo lo relacionado con el derecho a la planificación de la familia que tienen todas y todos los habitantes de este país, entre el poder planificar una familia a través de la maternidad asistida, encargada de dar todo tipo de información a través de consultas médicas, congresos, y cursos, sobre las técnicas de reproducción asistida, pues el tema objeto del presente estudio es y debe ser también materia de planificación familiar.

A mayor abundamiento, en todo lo que se refiere a la planificación familiar, el artículo 68, fracción IV de la ley que se analiza, considera que el Sistema Nacional de Salud tiene la responsabilidad de investigar las causas y las posibles soluciones de la infertilidad, ordenamiento que resulta de especial interés para los padres que tienen intención de concebir un hijo, toda vez que su cumplimiento facilitará que los interesados puedan informarse sobre los diversos métodos de procreación. La citada fracción establece que:

“Artículo 68.- Los servicios de planificación familiar comprenden:

[...]

IV. El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana.

[...]”

Siguiendo con el análisis de la citada Ley, es conveniente comentar que la fracción XVI del numeral 3°, en relación con las fracciones I y III del artículo 313 de la misma, determinan que la Secretaría de Salud es competente para establecer los parámetros de control y vigilancia sanitarios de la disposición y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos, así como establecer y dirigir las políticas en materia de donación, procuración y trasplantes de órganos, tejidos y células, lo cual significa, en el caso de la procreación asistida, que los padres comitentes podrán tener plena seguridad de que sus células germinales estarán protegidas, incluyendo a los ciudadanos que opten por donar sus espermias u óvulos, para ser utilizados en el tratamiento de esta modalidad de reproducción. Entendiéndose como células germinales, a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión.

Ahora bien, el artículo 6°, en sus fracciones III y IV, de la Ley en comento, refuerzan lo que ya se ha comentado con anterioridad, pues señala la importancia de los objetivos del Sistema Nacional de Salud, entre ellos, dar impulso al desarrollo de la familia y de la comunidad, así como a la integración social y al crecimiento físico y mental de la niñez, lo que obviamente es aplicable a la procreación asistida en el caso de aquellas parejas que están imposibilitadas para procrear por medios naturales. Para mejor comprensión de lo expresado con anterioridad, a continuación se citan las fracciones mencionadas:

“Artículo 6o.- El Sistema Nacional de Salud tiene los siguientes objetivos:

III. Colaborar al bienestar social de la población mediante servicios de asistencia social, principalmente a menores en estado de abandono, ancianos desamparados y personas con discapacidad, para fomentar su bienestar y propiciar su incorporación a una vida equilibrada en lo económico y social;

V. Dar impulso al desarrollo de la familia y de la comunidad, así como a la integración social y al crecimiento físico y mental de la niñez;

[...]

(Énfasis añadido).

La Ley General de Salud, desde el punto de vista de la autora del presente trabajo de investigación, reconoce y aprueba la práctica del tratamiento de la maternidad subrogada, tan es así que las estadísticas sobre el creciente padecimiento de infertilidad en la sociedad mexicana, ha inducido al Sistema Nacional de Salud a investigar sobre este padecimiento y sus posibles soluciones, para cumplir con sus objetivos tales como el bienestar físico y mental de las personas que se ven involucradas en esta problemática, a fin de mejorar su calidad de vida y contribuir a su desarrollo mediante su adecuada integración social, además de que tanto se reconoce este derecho humano que algunos sistemas jurídicos de los estados lo regulan y permiten su práctica, como es el caso del Estado de Tabasco y Sinaloa.

Como resulta obvio, la maternidad subrogada no es una práctica que esté regulada en todos los sistemas jurídicos de las entidades federativas que conforman a la Federación mexicana y ello es precisamente la razón del presente trabajo de

investigación, razón por la cual en el presente capítulo se hará el análisis de la legislación local de los estados de la República que la contemplan, Tabasco y Sinaloa.

III.3. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE TABASCO.

III.3.1 CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE TABASCO.

Los constantes cambios socio-jurídicos, traen como consecuencia el nacimiento de nuevas figuras jurídicas, las cuales deben estar reguladas en los marcos jurídicos de acuerdo a su materia, como es el caso de la gestación subrogada o asistida, la cual es una institución jurídica de reciente creación debido a los avances científicos que se han alcanzado sobre el tema que nos ocupa.

Es indudable que los acelerados cambios que se dan en las sociedades modernas, deben reflejarse en el marco jurídico que las rige. La globalización, los avances tecnológicos y la nueva concepción de los derechos humanos y su universalización, así lo exigen.

El 9 de abril del año 1997, fue aprobado por el Congreso del Estado tabasqueño la publicación de un nuevo Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tabasco, en donde se establecieron las disposiciones legales de la Gestación Sustituta y Subrogada; es a partir de ahí que se considera una de las legislaciones de vanguardia en México en el tema que nos ocupa, toda vez que ha incorporado a su normatividad los recientes avances en la materia, garantizando uno de los derechos humanos más importantes como es el referente a la procreación.

El Congreso tabasqueño atento a las grandes transformaciones que se dan en el ámbito del derecho tanto a nivel internacional como nacional y estatal, ha considerado

pertinente realizar reformas a la figura de la gestación subrogada y sustituta, la reforma más importante al apartado dedicado al capítulo de la Gestación Asistida y Subrogada, con el propósito de establecer las bases pertinentes para coadyuvar a una sana convivencia social, data del 13 de enero del año 2017.

De esta manera, encontramos que, en el Código Civil del Estado de Tabasco en el Libro Primero, se incorpora lo atinente a la Reproducción Humana Artificial, misma que se relaciona con las materias de filiación y sucesión, con la finalidad de evitar cualquier conflicto resultante de la práctica de este método de concepción.

El citado Código Civil, respetando lo establecido en el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 165, párrafo segundo, mismo que fue reformado el 13 de diciembre de 2008, atinente a la libre decisión del número y espaciamiento de sus hijos, así como la libertad de decidir la forma de procrearlos, sea por medios naturales o a través de métodos de reproducción artificial, señala a la letra que:

“ARTÍCULO 165.- ...

Los cónyuges pueden planificar el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear cualquier método de reproducción artificial para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges, extendiéndose a la relación de concubinato.”

(Énfasis añadido)

Por otra parte, el 5 de julio de 2017 se reformó el artículo 92 del código en comento, donde se conceptualiza la figura jurídica de la maternidad subrogada, así como los dos tipos en que ésta se divide, como puede observarse a continuación:

“ARTÍCULO 92.- (...)

REFORMADO SUP. 7808 05-JUL-2017

(...)

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.”

Quedan definidas de esta manera las figuras de la maternidad sustituta y la maternidad subrogada, así como sus diferencias para poderlas reconocer en la práctica, de tal manera que como se precisa se estará ante la figura de la madre sustituta cuando la mujer que lleva el embarazo a término proporciona el componente para la gestación pero no el componente genético; mientras que la madre subrogada será aquella que provee tanto el material genético como el gestante para la reproducción. Es de reconocer que el legislador tabasqueño, para ser el pionero de admitir la práctica de esta figura, ha sabido conceptualizar de manera clara y concreta estas dos figuras jurídicas. De igual forma, define a la madre contratante como la mujer que conviene en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.

Por su parte, el reconocimiento de la paternidad de los hijos concebidos por medio de los métodos de reproducción asistida dentro del matrimonio, se encuentra regulado en el artículo 324 del Código en comento, mismo que se menciona a continuación:

“ARTÍCULO 324.- Se presumen hijos de los cónyuges, incluyendo a los concebidos como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción humana artificial:

I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; y

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.”

De ahí que, en caso pudiese surgir algún conflicto respecto al reconocimiento de la paternidad en el caso de la maternidad subrogada, así como el registro de la o el menor en el Registro Civil, este artículo protege el derecho humano del menor a ser reconocido y ser parte de una familia, incluyendo a los menores que son concebidos a través del procedimiento de la maternidad subrogada, sin que se pueda hacer distinción sobre los métodos para lograr su concepción. Asimismo, queda asentado que es y será hijo de los padres de intención siempre y cuando se encuentren en los supuestos de las fracciones enunciadas en el artículo que se analiza.

No obstante lo anterior, en la práctica existe una problemática en lo que refiere al reconocimiento parental cuando se aplica este numeral, sin que importe para ello si el bebé fue concebido de manera natural o apoyado de los métodos de reproducción asistida, pues lo cierto es que en los tribunales se ventilan numerosos juicios de esta naturaleza.

Es por eso que el legislador tabasqueño, previniéndose de lo anterior, deja asentado que los padres no podrán desconocer a sus hijos sin justificación alguna, únicamente la causal de desconocimiento sería demostrar que antes del nacimiento no mantuvo relaciones sexuales con su esposa, si la concepción del hijo es de manera natural.

Por otro lado, a los hijos nacidos por medio de la maternidad subrogada, tampoco podrán desconocerlos, ya que previamente los padres de intención y la madre gestante plasmaron su consentimiento en un instrumento legal sabiendo sus derechos y obligaciones una vez iniciado el tratamiento.

Con motivo de lo anterior, es de suma importancia transcribir los artículos 327 y 329, del citado Código, lo cual se hace a continuación:

*“ARTÍCULO 327.- El marido no podrá desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa. **Tampoco podrá desconocer a los hijos nacidos como resultado del empleo de alguno de los métodos de reproducción artificial, si consta de manera fehaciente su consentimiento.**”*

(Énfasis añadido).

“ARTÍCULO 329.- El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

I.- Si se probare que supo, antes de casarse, del embarazo de su futura consorte, bastando cualquier medio de prueba con suficiente convicción, inclusive la presuncional, para tener por acreditado el parentesco;

II.- Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar;

III.- Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer; y

IV.- Si el hijo no nació capaz de vivir.

La presunción contenida en el presente artículo se extiende a los nacidos por cualquiera de los métodos de reproducción artificial, si se probare que el marido consintió en que su cónyuge hiciera uso de dichos métodos.”

(Énfasis añadido).

En conclusión, el estudio de los mencionados artículos asienta que sin justificación alguna el padre no podrá desconocer a su hijo sin importar la manera en que se concibió, a excepción de que, si se gestó de manera natural, sólo podrá desconocerlo por la causal establecida en el artículo 327, primero párrafo.

Todavía es más importante que los bebés nacidos por medio de la gestación subrogada o sustituta se les proteja de esta manera, pues como vimos en el capítulo de antecedentes históricos, se han dado casos en los que los padres han promovido juicios para desconocerlos, mismos que no han sido sentenciados a favor del padre, pues, como se ha dicho en las líneas precedentes, él dio su consentimiento en un instrumento legal, antes de dar comienzo al tratamiento de la maternidad subrogada.

Por lo que hace alusión al tema de la filiación, es bien sabido que el documento por excelencia, sin omitir la importancia de otros documentos oficiales, para presumir la filiación, es a través del acta de nacimiento expedida por el Registro Civil de cada entidad.

Dicho documental contendrá el día, mes, año, hora y lugar de nacimiento, el sexo, la impresión digital del presentado, el nombre que le corresponda, sin que por motivo alguno puedan omitirse; la expresión de si es presentado vivo o muerto; el nombre, edad, domicilio y nacionalidad de los padres; el nombre, domicilio y nacionalidad de los abuelos paternos y maternos; el nombre, edad, domicilio y

nacionalidad de los testigos y, si la presentación la realiza una persona distinta de los padres, se anotará su nombre, apellidos, edad, domicilio y parentesco con el registrado.

Ahora bien, si los padres no están casados, deben de reconocer a su hijo; en dado caso de que alguno de ellos no desee hacerlo, no se asentará en el acta el nombre del que no lo reconozca, únicamente la hora, día, mes, año y lugar del nacimiento, así como el nombre propio y apellidos que se pongan a la persona cuyo nacimiento sea registrado.

Anteriormente se ha hecho mención de que el 5 de julio del año 2017 se hicieron reformas al segundo párrafo del artículo 92 del Código Civil tabasqueño, el cual establece que en el acta de nacimiento no podrá hacerse mención alguna sobre la filiación con las palabras: "hijo legítimo", "hijo natural", "hijo ilegítimo", "hijo de padres desconocidos", "hijo de padre desconocido", "hijo de madre desconocida", o "habido como consecuencia de cualquier método de reproducción humana artificial", lo que obviamente es un acierto del legislador ya que de esa manera se protege el derecho humano de los menores a la no discriminación.

Cabe hacer notar que de realizarlo, se testarán de oficio, de manera que queden ilegibles. El Oficial del Registro Civil que inserte en el acta alguna de estas menciones será sancionado, la primera vez con una multa por el equivalente a quince veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización (UMA) y la segunda con destitución del cargo.

Lo anterior, se puede constatar con la lectura del citado numeral que a la letra establece:

“ARTÍCULO 92.- (...)

(...)

En el acta de nacimiento no se hará ninguna mención que califique la filiación en forma alguna. Las palabras "hijo legítimo", "hijo natural", "hijo ilegítimo", "hijo de padres desconocidos", "hijo de padre desconocido", "hijo de madre desconocida", o "habido como consecuencia de cualquier método de reproducción humana artificial", que se inserten con infracción de este artículo, se testarán de oficio, de manera que queden ilegibles. El Oficial del Registro Civil que inserte en el acta alguna de estas menciones será sancionado, la primera vez con una multa por el equivalente a quince veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización y la segunda con destitución del cargo. La investigación de la paternidad y de la maternidad está permitida en los términos establecidos por este Código."

(Énfasis añadido).

En ese orden de ideas, en el artículo 326 del Código Civil de la citada entidad federativa, concede el derecho al padre a iniciar un juicio sobre filiación, siempre y cuando se encuentre en los supuestos del artículo 324, como puede observarse de la lectura del mismo, que señala lo siguiente: ***"ARTÍCULO 326.- No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido. Mientras éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo favorecido por las presunciones establecidas en el artículo 324."*** (Énfasis añadido).

Otra cuestión importante a estudiar es la referente a los hijos subrogados dentro del concubinato, la cual es regulada en el artículo 340 del Código Civil tabasqueño, que en forma parecida al artículo 324, expone los casos en que los hijos serán reconocidos como suyos, dentro de su estado civil de concubinos, señalando a la letra:

“ARTÍCULO 340.- Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I.- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que empezó el concubinato;

II.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina; y

*III.- Los nacidos después de los trescientos días en que haya cesado la vida en común, **que hayan sido concebidos como consecuencia del empleo de cualesquiera métodos de reproducción humana artificial, ya sea que tengan o no un nexo biológico con uno o ambos padres, siempre que el concubinario haya otorgado su consentimiento de una manera indubitable.”***

(Énfasis añadido).

Dejando claro que los hijos concebidos dentro del concubinato, sin importar si se apoyaron de los métodos de reproducción asistida o no, serán reconocidos como hijos legítimos de éstos, una vez obtenido el consentimiento de ambos, sin importar que el nexo biológico sea con ambos o uno sólo de ellos.

El Capítulo IV del código que se analiza hace mención de las pruebas de filiación de los hijos dentro del concubinato, en él se especifica pormenorizadamente la presunción de la filiación de los hijos respecto de la madre y el padre, respectivamente.

El artículo 346 del multicitado ordenamiento acredita la filiación de los hijos respecto de la madre con el sólo hecho del nacimiento, medio de prueba que es admisible en cualquier juicio testamentario o de alimentos, además de que indica que serán admisibles todos los medios de prueba, como se señala en su contenido, el cual se transcribe a continuación:

“ARTÍCULO 346.- La filiación de los hijos cuyos padres no fueren cónyuges resulta con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Para justificar este hecho, son admisibles todos los medios de prueba, y en los juicios de intestado o de alimentos se justificará la filiación respecto de la madre dentro del mismo procedimiento.”

En el caso del padre, la filiación de los hijos se presume, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 347 del ordenamiento en comento, por reconocimiento voluntario, por sentencia dictada por un Juez de lo familiar; o bien en el mismo juicio testamentario o de alimentos, si son concubinos, siempre y cuando el padre pruebe que se encuentra dentro de los supuestos del artículo 340 y 372 del multicitado Código Civil, los cuales a la letra establecen:

“ARTÍCULO 340.- Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I.- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que empezó el concubinato;

II.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina; y

*III.- Los nacidos después de los trescientos días en que haya cesado la vida en común, **que hayan sido concebidos como consecuencia del empleo de cualesquiera métodos de reproducción humana artificial, ya sea que tengan o no un nexo biológico con uno o ambos padres, siempre que el concubinario haya otorgado su consentimiento de una manera indubitable.”***

(Énfasis añadido).

“ARTÍCULO 372.- La posesión de estado, para los efectos de los artículos 343 y 371 fracción II, se justificará demostrando por los medios ordinarios de prueba que el hijo ha sido tratado por el presunto padre o por la familia de éste, como hijo del primero, o que ha usado el apellido del presunto padre, que éste ha proveído a su subsistencia, educación o establecimiento.”

Al mismo tiempo, en el citado artículo 347 se establece lo atinente a la filiación cuando una madre sustituta es partícipe en la concepción del hijo subrogado, mismo que ha sido reformado en el año 2008. Para ilustrar mejor lo dicho, se inserta el aludido artículo, que a la letra dice:

“ARTÍCULO 347.- Respecto del padre, la filiación se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad; pero en el caso de concubinato se podrá justificar la filiación respecto del padre en el mismo juicio de intestado o de alimentos y será suficiente probar los hechos a que se refieren los artículos 340 y 372, tanto en vida de los padres como después de su muerte. Esta acción es imprescriptible y transmisible por herencia.

Sin embargo, como una excepción a esta presunción, cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató.

La filiación de los hijos también podrá acreditarse a través de la prueba biológica molecular de la caracterización de ácido desoxirribonucleico de sus células en el juicio contradictorio.

La negativa del demandado a realizarse la prueba señalada en el párrafo anterior, admitida u ordenada por el Juez, hará presumir la filiación que se le atribulle._(sic)”

(Énfasis añadido).

En conclusión, en un procedimiento de reproducción asistida, quién será reconocida como la madre legal del bebé, será la madre de intención, sin importar si ésta ha aportado o no el óvulo. Asimismo, en caso de haber un juicio, la filiación paterna se podrá acreditar mediante la prueba de ADN, y en caso de que el padre se oponga a realizarse dicha prueba ordenada por un Juez, se presumirá que éste es padre del menor.

En lo tocante al reconocimiento de paternidad del hijo no nacido, sea concebido de forma natural o por medio de inseminación artificial, aún si éste no se encuentra en el útero materno cuando se tramite el reconocimiento de paternidad. Así pues, para complementar lo anteriormente dicho, se enuncia el artículo 349 del multicitado código, que a letra dicta:

“ARTÍCULO 349.- Puede reconocerse al hijo que aún no ha nacido, incluyendo a los concebidos por cualquier método de inseminación artificial o fertilización in vitro, aun cuando no se encuentra en el útero materno en el momento del reconocimiento, y al que ha muerto si ha dejado descendientes; pero en este último caso el que reconoce no tiene derecho ni a heredar por intestado al reconocido y a sus descendientes ni a recibir alimentos de éstos.”

Para la autora de la presente investigación, el artículo en estudio contiene en sus últimos renglones un problema, pues de otorgarse el reconocimiento de paternidad y el padre muere sin haber realizado un testamento, el hijo reconocido no podrá heredar, aunque previamente en un juicio familiar se le haya dado la calidad de hijo reconocido de éste, y en caso dado de ser menor de edad se le estaría coartando un derecho.

Por otra parte, el hijo que nace a partir de un tratamiento de reproducción asistida, no podrá reconocerlo otro hombre que no sea marido de la madre de intención. Sin embargo, si el padre promueve juicio para desconocer la filiación entre él y el menor, podrá reconocerlo otro hombre distinto a él. El desconocimiento quedará firme por sentencia ejecutoriada, declarada por un Juez competente.

Lo anterior es así, ya que el artículo 360 del Código Civil de Tabasco, establece que:

“ARTÍCULO 360.- Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo.”

Como ya se ha hecho mención, este Código Civil se ha distinguido en México por ser pionero en adicionar al mismo, un capítulo especial para la gestación subrogada y asistida.

El capítulo VI BIS, de la Gestación Asistida y Subrogada, en el artículo 380 BIS, expone una conceptualización de la *reproducción humana asistida*, como ya se ha comentado anteriormente en el desarrollo del presente trabajo de investigación, el cual la define de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 380 Bis.- Se entiende por reproducción humana asistida, el conjunto de prácticas clínicas y biológicas para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante técnicas científicamente acreditadas y autorizadas por la legislación en materia de salud, realizadas con la intervención de 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 permitan la procreación fuera del proceso biológico natural de la pareja infértil o estéril.

Se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación homóloga y heteróloga. Se entiende por fecundación homóloga aquella en la que los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos; y por fecundación heteróloga, aquella en que uno de los gametos es donado por un tercero y el otro gameto es aportado por uno de los cónyuges o concubinos.

Sólo será válido el consentimiento expresado en vida por algún cónyuge o por algún concubino, con las formalidades que este Código exige, para los efectos de que sus gametos puedan ser utilizados después de su muerte en un procedimiento de inseminación.”

Como consecuencia de la definición anterior, deja abierto un sinfín de escenarios de cómo una pareja en la actualidad puede apoyarse de la reproducción humana asistida para poder procrear un hijo. Asimismo, deja constancia de los avances de la biotecnología, la cual permite lograr de manera exitosa la creación de un nuevo ser humano a partir de sus células germinales (los gametos), sin importar si ambos o sólo uno de los padres de intención ha aportado los suyos para crear al nuevo ser.

Este tratamiento consiste en la fecundación heteróloga y homóloga, donde la heteróloga se da cuando un tercero, la madre gestacional, aporta su material genético, y el padre intencional aporta su material genético; mientras que la homóloga es donde los padres de intención aportan su información genética para crear a un nuevo ser.

El legislador tabasqueño innovó para ese tiempo sobre la donación de las células germinales, en caso de que alguno de los cónyuges o concubinos deseen donarlos para este proceso. El consentimiento deberá darse con las formalidades que la ley estatal exige.

Es evidente la razón por la cual se considera la adición de este capítulo al Código en estudio, se considera como innovador, pues además de ser pionero en la regulación de la maternidad subrogada fue la inspiración de la legislación de otra entidad federativa de la República mexicana como es el caso del Estado de Sinaloa, el cual incorporó a su legislación local la aprobación de esta práctica médica, que lejos de ser considerada atentatoria contra las buenas costumbres de la cultura del pueblo mexicano, es un acto humanitario y solidario que da plenamente vigencia a un derecho humano que tienen las personas que han intentado por diversos métodos o tratamientos tener un hijo y no lo han conseguido.

Por cuanto hace a la definición de *gestación por contrato y maternidad subrogada*, el artículo 380 BIS 1, del Código en comento, nos dice lo siguiente:

“ARTÍCULO 380 Bis 1.- La gestación por contrato se efectuará a través de la práctica médica, mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por los padres contratantes, cuando la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.

En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.”

La idea central de este artículo desde el punto de vista médico encuentra sustento en la infertilidad de la madre; o bien, en la imposibilidad para que ésta esté embarazada, una vez que exista un diagnóstico médico que confirme su padecimiento, ya que sólo en estos dos supuestos, ella y su pareja podrán ser candidatos a acceder al tratamiento de reproducción asistida.

Es importante enfatizar que en el caso de la fecundación heteróloga, la madre gestante está aportando su material genético y también el padre de intención, por lo que una vez que ha da a luz la madre gestacional, los padres de intención deberán adoptar al bebé y de esta manera ellos tendrán la filiación del bebé.

Por lo que respecta a las diversas modalidades que existen para poder llevar a cabo la gestación por contrato, el artículo 380 BIS 2, establece las siguientes:

“ARTÍCULO 380 Bis 2.- La gestación por contrato, admite las siguientes modalidades:

I. Subrogada: implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido a la madre contratante mediante adopción plena; y

II. Sustituta: implica que la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona contratante.”

El numeral en comento, insiste en denominar con otras palabras a la fecundación homóloga y heteróloga. Distinción que es útil para quienes no están habituados con la terminología médica, a fin de que ésta sea más comprensible para la clase de gestación que se lleve a cabo en cada caso concreto.

Uno de los requisitos más importantes es saber qué perfil debe presentar la madre gestante, pues cómo ya se ha visto en otros países, todas las madres que han

prestado su vientre para poder dar vida a un ser humano deben presentar ciertos requisitos, mismos que se encuentran plasmados en la legislación en estudio. Así, se puede observar que el artículo 380 BIS 3, del Código de Tabasco, especifica:

“ARTÍCULO 380 Bis 3.- La Secretaría de Salud del Gobierno del Estado determinará el perfil clínico, psicológico y social de la “madre gestante” previamente a su contratación, para comprobar que su entorno social sea estable, libre de violencia y su condición física y psicológica sea favorable para el adecuado desarrollo de la gestación.

Ninguna mujer que padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía podrá ser contratada como madre gestante.

Pueden ser contratadas como gestantes sólo las mujeres de entre veinticinco y hasta treinta y cinco años de edad que tengan una buena salud biopsicosomática y que hayan dado su consentimiento de manera voluntaria para ser gestante subrogada o sustituta, habiendo adquirido plena información acerca del proceso, previa a la manifestación de su consentimiento.

La gestante, para poder celebrar contrato de gestación, deberá acreditar, mediante dictamen médico expedido por institución oficial de salud, que no estuvo embarazada durante los trescientos sesenta y cinco días previos a la implantación de la mórula y que no ha participado en más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento; lo que no impediría que pueda donar el óvulo para la fecundación in vitro o portar al producto fecundado en su vientre mediando conocimiento del cónyuge o concubino.

En caso de que la gestante sustituta o su cónyuge demanden la paternidad o maternidad, solamente podrán recibir, previo

reconocimiento de su cónyuge, la custodia del producto de la inseminación, únicamente cuando se acredite la incapacidad o muerte de la madre o padre contratantes.

La voluntad que manifiesten las partes para la realización del contrato de gestación deberá constar de manera indubitable y expresa. Los derechos y obligaciones que de él emanen son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal; no obstante las partes podrán ser asesoradas por sus abogados, si así lo requieren. El contrato de gestación lo firmarán la madre y el padre contratantes con la gestante y, si fuera el caso, su cónyuge o concubino, así como un intérprete, de ser necesario, debiendo quedar asentados el lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento. El contrato deberá ser firmado ante notario público, quien estará obligado a exigir de los contratantes la presentación del dictamen médico que demuestre el cumplimiento de los requisitos y condiciones señalados en los párrafos primero a cuarto de este artículo.

Las instituciones y clínicas de reproducción humana asistida, así como el personal médico especializado en esta materia, deberán estar previamente acreditados y autorizados por la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado para la prestación de esos servicios; las clínicas deberán contar con la licencia sanitaria correspondiente.

Las instituciones que realicen este procedimiento y el control prenatal, deberán enviar un informe mensual a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, con copia del expediente clínico conforme a la legislación federal aplicable a la materia, además de lo que señale la legislación estatal.

Las instituciones que brinden atención obstétrica, resultado del procedimiento de reproducción asistida, deberán informar el nacimiento a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, durante las primeras veinticuatro horas de ocurrido el mismo y el tipo de atención brindada; esta notificación deberá incluir la copia del certificado de nacimiento del o los recién nacidos.

Los notarios públicos que participen en la celebración de contratos para estos procedimientos, deberán informarlo en un plazo de veinticuatro horas a la Secretaría de Salud y al Registro Civil del Estado, mediante copia certificada del instrumento celebrado entre las partes.”

En un principio, este artículo aduce que la Secretaría de Salud del Estado de Tabasco, se encarga de darle seguimiento al tratamiento de la maternidad subrogada o sustituta, desde la elección de la madre sustituta o subrogada, el consentimiento de las partes a través de un contrato, la implantación del material genético o el embrión, según sea el caso, hasta el alumbramiento y los procedimientos administrativos y jurídicos, respecto del menor.

Hay que destacar la importancia de la intervención de la Secretaría de Salud Estatal, pues ésta tiene al personal médico adecuado y especializado para dar fe del padecimiento de infertilidad que sufren los padres de intención, asimismo debe asegurarse que la madre gestante tiene el perfil óptimo para ser quien pueda llevar a cabo una gestación exitosa. Los requisitos están sujetos a consideración de la Secretaría de Salud del Estado tabasqueño.

Se debe evocar que, en las legislaciones extranjeras, las agencias intermediarias son encargadas de buscar a las candidatas para ser madres gestantes. A juicio de la exponente, esta práctica es arbitraria, pues el personal de estas agencias se dedica a

hacer trámites administrativos, no hay ningún doctor como intermediario que establezca el perfil clínico, físico, emocional y psicológico de la gestante.

Las madres gestantes han aseverado que el primer paso es llenar un formulario a través de internet, con preguntas básicas, posteriormente estas agencias se ponen en contacto para decirles que han sido consideradas aptas para llevar este tipo de tratamientos, no más.

Hasta aquí, el legislador tabasqueño acertadamente ha considerado que la Secretaría de Salud, es la encargada del proceso médico sobre el tratamiento de reproducción asistida.

Como primera condición que se impone a la gestante es que ésta, como es evidente, no puede ser dependiente de alguna sustancia alcohólica, estupefaciente y/o narcótico, pues el consumo de éstas, antes y durante la gestación se ha relacionado con consecuencias negativas para la salud materno-fetal, poniendo en riesgo la vida de la madre y el bebé.

De igual manera, las adicciones en la madre pueden dar como consecuencia trastornos neurológicos y neuro-comportamentales en el recién nacido a lo largo de su vida, por lo que estos daños pueden ser irreversibles.

Seguidamente, este precepto legal establece un rango de edad, que a consideración del legislador tabasqueño es el ideal para que una mujer pueda gestar al bebé. Además de que estas mujeres deben de gozar de buena salud *biopsicosomática*, la razón es obvia debido a que una buena salud del cuerpo humano tiene origen en la psique (mente), la cual influye en el cuerpo.

Todavía aún más importante es que antes de dar su consentimiento voluntario, deben estar bien informadas del tratamiento médico al que se someterán, de esto

dependerá que las que deseen participar en este acto, den su consentimiento sabiendo los alcances médicos y jurídicos.

Aunque la edad límite para ser madres subrogadas/sustitutas sea veinticinco a treinta cinco años, según lo aprobado por el Congreso tabasqueño, en opinión de la responsable del presente trabajo de investigación este criterio es equivocado, pues el rango de edad que han establecido es limitativo, toda vez que si los padres de intención encuentran a una mujer que sea menor de los veinticinco años, por ejemplo, veinte años, o bien, si esta rebasa de los treinta y cinco años, cuarenta años por ejemplo, entonces no calificarían para ser madres subrogadas/sustitutas, lo que puede implicar en la práctica un problema real para encontrar a las posibles madres gestantes, por lo que no resuelve totalmente el problema.

Como argumento a favor de ampliar el límite de la edad establecido, se puede mencionar lo sucedido el 3 de abril de 2019 en Nebraska, Estados Unidos, una mujer dio a luz a quien es su nieta, la mujer tenía la edad de cincuenta y nueve años, la concepción no tuvo complicaciones durante el embarazo ni en el alumbramiento. Obviamente por su edad, estuvo siempre en observación para poder lograr que su hijo pudiera tener una familia.³¹

Es bien sabido que las mujeres mayores de treinta y cinco años que llegan a estar embarazadas desarrollan complicaciones, pero también hay quienes han logrado ser madres, con sus respectivos cuidados y constantes consultas médicas.

Sin embargo, es importante subrayar la importancia de que las madres gestantes estén completamente informadas, antes de dar su consentimiento, para evitar que se

³¹ BBC News Mundo. (2019, 28 de marzo). Gestación subrogada: la mujer que dio a luz a su propia nieta para ayudar a su hijo gay a ser padre. BBC News. Consultable el 20 de febrero de 2020. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-47799638>.

sometan a un tratamiento que escasamente conocen y posteriormente provocar una mala interpretación del acto que están realizando.

En lo que atañe al tercer requisito para la gestante, deberá demostrar que ha transcurrido por lo menos un año de su último embarazo, además de no haber sido gestante por dos veces consecutivas, y para poder acreditarlo, las instituciones públicas o privadas expedirán un dictamen.

A consideración de la sustentante, es importante denotar que el Congreso aprobó que las mujeres gestantes pueden realizar el tratamiento de reproducción asistida en dos ocasiones, para evitar problemas de salud de la madre gestante, pero esto es cuestionable, pues puede suponerse que la gestante debió haberse embarazado con anterioridad de sus propios hijos. Por lo que se sugeriría que únicamente se le someta a la madre gestante a una sola participación en este tipo de tratamientos, dos sería demasiado.

En lo que atañe a la custodia del bebé a causa de la incapacidad o muerte de los padres de intención, el Código Civil de esta entidad establece que se la otorgarán a la gestante o a su cónyuge.

Al respecto, es importante recordar que hay dos tipos de gestación que esta legislación reconoce, pues si se trata de la gestación sustituta, el producto de la gestación trae consigo los genes de los padres de intención, por lo que, a pesar de que hubiese un supuesto reconocimiento del cónyuge o concubino de la gestante, este reconocimiento debe ser considerado nulo, pues el bebé no tiene vínculo genético con ellos, por lo que no procede que le otorguen la custodia del bebe.

A menos que fuera mediante la gestación subrogada, pero como previamente se formalizó un contrato en el cual dieron su consentimiento ambas partes, sabiendo el alcance del mismo, en alguna cláusula del mismo deberá estipularse que en caso de incapacidad o muerte quienes pueden demandar la custodia del bebé serán los

familiares del padre de intención, ya que si bien es cierto que la madre gestante está aportando su óvulo, no menos cierto es que el padre de intención también está aportando su material genético.

Del análisis de este quinto párrafo del presente artículo, se puede concluir que el legislador deja sin derecho alguno de reclamar la filiación del bebé a los familiares de los padres intencionales, por las razones ya mencionadas, dado que este precepto legal le da prioridad a la gestante y su cónyuge o concubino a obtener la custodia del menor. De ser así, ello podría traer como consecuencia para los familiares de los padres intencionales, el que puedan ser víctimas de extorsiones y chantajes por parte de la gestante y su cónyuge/concubino, en caso de que decidieran reclamar la custodia del bebé.

En otro orden de ideas, en el párrafo sexto del multicitado artículo analizado, el legislador tabasqueño manifiesta que el contrato que celebran los padres intencionales y la gestante, será de carácter personalísimo, dejando a un lado la representación legal de las partes para la celebración del mismo, únicamente para ser asesorados.

A consideración de la tesista, es indispensable la representación legal de las partes, el tiempo que dure el tratamiento de la gestación subrogada/asistida, para que los Licenciados en Derecho se encarguen de los trámites que exija la Secretaría de Salud, la Notaría, y si es el caso, en los Juzgados Familiares.

La importancia de la representación legal juega un papel importante en este procedimiento, pues requiere que los abogados de las partes intervengan para que éstos sean quienes revisen y negocien los términos del contrato.

Lo concerniente a la licencia sanitaria de las clínicas que llevan la práctica de la gestación subrogada/sustituta, deben cumplir con los requisitos establecidos en la Ley General de Salud, su fundamento se encuentra en los artículos 198 fracciones IV, V; 315 fracciones I, II, III y IV, 369, 370 y 371. Todo establecimiento que preste servicios

en el área de salud, antes de iniciar actividades debe contar con la autorización sanitaria correspondiente.

Ahora bien, la Secretaria de Salud tendrá que llevar un expediente de todo el procedimiento, como se ha comentado anteriormente, por lo que la Institución o clínica donde los padres han decidido realizar el tratamiento de la gestación subrogada/sustituta, deberá informar mensualmente a la Secretaría.

Asimismo, es importante que la institución médica o clínica a cargo del tratamiento informe dentro de las primeras veinticuatro horas, el nacimiento del o los recién nacidos.

Para finalizar, el Código tabasqueño establece que la celebración del contrato entre los padres intencionales, la gestante y su cónyuge en caso de haberlo, será ante Notario, el aludido contrato se deberá de informar a la Secretaria de Salud y al Registro Civil de Tabasco, dentro de las veinticuatro horas posteriores al contrato celebrado por las partes implicadas.

La nulidad del contrato de gestación, está fundamentado en el artículo 380 BIS 4, del citado Código, mismo que establece un listado, que se cita a la letra:

“ARTÍCULO 380 Bis 4.- El contrato de gestación será nulo si se realiza bajo las siguientes circunstancias:

I. Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas;

II. No cumpla con los requisitos y formalidades que señala este Código;

III. Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana;

IV. Intervengan agencias, despachos o terceras personas; y

V. Se establezcan compromisos o cláusulas que contravengan el orden social y el interés público.

La nulidad del documento no exime a las partes contratantes de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia. Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica deberán acreditar que cumplen con la autorización de la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, debiendo informar ampliamente de las consecuencias médicas y legales por la implantación de pre embriones y embriones en el cuerpo de una mujer gestante. Actuarán con estricto apego al secreto profesional, respecto a la identidad de las personas que intervienen en la implantación. 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.”

Como puede observarse el artículo 380 BIS 4, del ordenamiento en comento, especifica en sus fracciones los causales de nulidad del contrato de gestación celebrado en la citada entidad.

Como bien sabemos, un acto jurídico por excelencia es el contrato, al cual lo conforman diversos elementos:

- Existencia: Que se divide en:
 - Consentimiento;
 - Objeto
- Validez: Que se subdivide en:
 - Capacidad de las partes;

- Ausencia de vicios del consentimiento: Error, dolo, mala fe, violencia y lesión;
- Licitud en el objeto, motivo, fin;
- Formalidad: La cual es establecida por la ley.

Lo anterior, está especificado en las fracciones primera y segunda del citado numeral, esto es, que si el acto jurídico, el contrato, no cumple con las formalidades anteriormente enunciadas en la legislación de esta entidad, y, asimismo, sí éste contiene algún vicio de la voluntad, serán causas de nulidad.

Por otra parte, en la cláusula tercera referente al interés superior del menor y la dignidad humana, a consideración de la ponente, es un elemento esencial y primordial, pues este acto jurídico deberá de velar por la seguridad jurídica, física, emocional y humana de las personas.

En este orden de ideas, la fracción IV, aduce que en aquellos casos en los que intervengan agencias, despachos o terceras personas, serán causas de nulidad. Sin embargo, en la práctica las clínicas que operan en este Estado, lo han hecho de manera irregular, por lo que han sido duramente criticados por no estar vigilados de manera sistematizada.

De ahí que, como se expuso en párrafos precedentes, es necesario que intervengan terceras personas a este acto, no sólo la Secretaría de Salud, también deberían intervenir los abogados o despachos jurídicos, y las clínicas donde se practican estos tratamientos, siempre y cuando éstas sean controladas a través de las autoridades que encomiende la Secretaría de Salud, con la finalidad de asegurar la esfera jurídica de los partícipes, así como sus derechos humanos y evitar abusos o delitos.

Asimismo, estas clínicas deben proveer a las personas que acuden a ellas para estos tratamientos servicios como asesoría jurídica, psicológica y médica.

Teniendo en cuenta lo anterior, es notable la importancia que el Código Civil de Tabasco, reconozca la intervención de agencias/ clínicas y despachos jurídicos, con la finalidad de no dejar desprotegidos a ninguno de los interventores en estos tratamientos.

En la fracción quinta, refiere a que las cláusulas del contrato de gestación no deberán de contravenir al orden social y buenas costumbres. Así como también se relató en líneas precedentes la importancia de que las clínicas estén debidamente registradas y apegadas a los requisitos y procedimientos que establezca la Secretaría de Salud.

Para concluir con lo expuesto de este artículo, es de considerar que el Congreso Tabasqueño omitió las sanciones que se impondrían, aparte de dar por nulo el acto jurídico celebrado, a causa de los supuestos ya expuestos, por ejemplo ¿qué es lo que ocurre cuando la madre gestacional ha sido partícipe en más de dos ocasiones de este tratamiento?

Por otra parte, los padres intencionales deben de cumplir con ciertos requisitos para poder celebrar el multicitado contrato de gestación, supuestos que se encuentran previstos en el artículo 380 BIS 5, del Código Civil para el Estado de Tabasco, al establecer que:

“ARTÍCULO 380 Bis 5.- El contrato de gestación deberá ser suscrito por las partes, previo cumplimiento por parte de los contratantes de los siguientes requisitos:

I. Ser ciudadanos mexicanos;

II. Poseer plena capacidad de goce y ejercicio de sus derechos;

III. La mujer contratante debe acreditar, mediante certificado médico expedido por el médico tratante de la institución acreditada, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que cuenta entre veinticinco y cuarenta años de edad;

IV. La mujer gestante debe otorgar su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo en su útero la implantación de la mórula y reconocer su obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional y a concluir la relación contratada, respecto al o los recién nacidos y los padres contratantes una vez producido el nacimiento; y

V. La gestante cumpla con los requisitos establecidos en el presente Código.

Para los efectos de la fracción III del presente artículo, el médico tratante adicionalmente deberá extender y solicitar los certificados médicos que acrediten los supuestos correspondientes. El médico tratante realizará los exámenes médicos previos a la transferencia y que sean necesarios de la salud física y mental de la mujer gestante, para corroborar que no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional. La mujer gestante, el padre y la madre contratantes, deberán someterse a los estudios que establezca la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado y que garanticen la salud de los implicados.

Una vez que sea suscrito el instrumento jurídico ante Notario Público, deberá ser aprobado por el Juez competente, a través de

procedimiento judicial no contencioso, en el que se reconozca el vínculo entre los contratantes y el feto, a su vez que la gestante y, en su caso, su cónyuge o concubino renuncien a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido. El Instrumento aprobado deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado.

Se autoriza únicamente la implantación de hasta dos embriones fecundados en un mismo procedimiento de reproducción asistida.”

Por lo que hace al requisito de la fracción I, se hace mención que los padres de intención deben ser ciudadanos mexicanos, criterio que ha sido duramente criticado y debatido, pues hay quienes argumentan que es discriminatorio, cuestión que deja fuera a los extranjeros residentes permanentes o temporales, los que se encuentran casados o en concubinato con ciudadanos mexicanos.

De lo que se colige con las opiniones argumentadas del Licenciado Juan José Peralta Fócil, Coordinador General de Asuntos Jurídicos y representante personal del entonces Gobernador Constitucional del estado de Tabasco, argumentó en su momento que la razón por la cual se hicieron las reformas al apartado del Código Civil Tabasqueño dedicado a las Técnicas de Reproducción Asistida, en dónde solamente pueden acceder a este tratamiento ciudadanos mexicanos y no extranjeros es porque las autoridades creen que algunos padres de intención tienen la finalidad de practicarse estos tratamientos para el tráfico de menores, de órganos o para la industria pornográfica.³²

³² Noticieros Televisa, “Extranjeros que contrataron a madres sustitutas en Tabasco violaron la ley, según autoridades: entrevista a Juan José Peralta Fócil”. Consulta: 01 marzo de 2020. Disponible en <http://noticieros.televisa.com/videos/extranjeros-que-contrataronmadres-sustitutas-tabasco-violaron-ley-autoridades/>

De lo anterior, dio como resultado que el Registro Civil de Tabasco comenzó a negarse a emitir actas de nacimiento de los bebés subrogados, violando el derecho a la identidad de los menores.³³

Asimismo, el Gobierno de Tabasco ha violado el precepto constitucional del artículo catorce, tocante a la retroactividad de la ley, pues al reformarse este apartado del Código Civil de Tabasco ha perjudicado a los bebés subrogados nacidos antes y después de esta reforma, lo que obviamente contraviene el principio de irretroactividad de la ley, consagrado por el artículo 14 de nuestra Ley fundamental, que a la letra establece: “*A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.*”

La razón por la cual se negaron a registrar a estos bebés es porque sin acta de nacimiento, los bebés subrogados no podrían tener un pasaporte para salir del país, dejando en claro el hecho de que los padres de intención que desearan que su hijo fuera registrado y tenían una negativa por parte del Registro Civil, debían demandar, argumentos que fueron esgrimidos por el citado Licenciado Juan José Peralta Fócil.³⁴

Peralta Fócil detalló que los casos en que los padres intencionales extranjeros que obtuvieron el acta de nacimiento del menor, posteriormente su pasaporte, cuando viajan a su país de origen dónde no es legal esta práctica, es ahí donde el menor no tiene ninguna identificación legal, quedando en la nada jurídica.³⁵³⁶

Asimismo, Carolin Schurr, profesora adjunta de Estudios Transculturales en la Universidad de San Galo, en Suiza, ha estudiado la situación de la maternidad subrogada en el Estado de Tabasco.³⁷

³³ Ídem.

³⁴ Ídem.

³⁵ Ídem.

³⁶ Animal Político. (2017). “Tabasco registra a menores nacidos por subrogación”. Consultado el 20 de marzo de 2020. Disponible en <https://www.animalpolitico.com/2017/02/tabasco-registro-menores-subrogada/>

³⁷ The New York Times. (2017). “Las nuevas restricciones a la gestación subrogada en México dejan a decenas de familias en el limbo”. Consultado el 20 de marzo de 2020. Disponible en:

La profesora, arguyó que el estado de Tabasco ha sido el sitio de constantes escándalos, sobre todo por las reformas en el Código Civil de la localidad, en materia de maternidad subrogada. Ha hecho mención de que quienes visitaban este Estado para llevar a cabo el tratamiento de la maternidad subrogada, eran en su mayoría parejas homosexuales extranjeras, por lo que ella acusa que el Gobierno Tabasqueño no sólo privó a los extranjeros de ser padres, sino también a las parejas homosexuales, siendo así una acción discriminatoria.

Para concluir lo anteriormente discutido sobre la prohibición de la maternidad subrogada para los extranjeros en el país, es un tema sumamente delicado del cual los legisladores tabasqueños no se han percatado que es violatoria de derechos humanos.

Esta discriminación viola el artículo 1° constitucional, e igualmente contradice a la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de fecha 27 de enero de 2017, tocante al derecho a la vida familiar de las parejas del mismo sexo, y finalmente de los tratados internacionales de los que México es parte.

Lo anterior, encuentra sustento en la tesis de Jurisprudencia, que enseguida se enuncia:

*“Época: Décima Época. Registro: 2013531. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 38, Enero de 2017, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a./J. 8/2017 (10a.). Página: 127. **DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO.** A partir de las consideraciones del Tribunal Europeo de Derechos humanos sobre la similitud entre las parejas homosexuales y heterosexuales en cuanto a su capacidad de desarrollar una vida familiar, **la Primera Sala***

<https://www.nytimes.com/es/2017/03/27/espanol/america-latina/las-nuevas-restricciones-a-la-gestacion-subrogada-en-mexico-dejan-a-decenas-de-familias-en-el-limbo.html>

de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación entiende que la vida familiar entre personas del mismo sexo no se limita únicamente a la vida en pareja, sino que puede extenderse a la procreación y a la crianza de niños y niñas según la decisión de los padres. Así, existen parejas del mismo sexo que hacen vida familiar con niños y niñas procreados o adoptados por alguno de ellos, o parejas que utilizan los medios derivados de los avances científicos para procrear.”

(Énfasis añadido)

La prohibición establecida en la legislación tabasqueña en materia de reproducción asistida conduce a que la constante desesperación de las parejas extranjeras en busca de ser padres, de formar su propia familia, desemboque en la práctica de un comercio ilegal y clandestino, con consecuencias funestas para los involucrados en la misma, pero sobre todo para los bebés producto de la maternidad subrogada.

La fracción II del citado artículo, se refiere a la capacidad de goce y ejercicio, como cualidades inherentes a todos los seres humanos, quienes desde que nacen tienen el poder de ser sujetos de derechos y obligaciones para hacerlos valer. La capacidad de goce es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, ésta inicia en el nacimiento y se extingue con la muerte. Por otra parte, la capacidad de ejercicio es la aptitud para ejercer por **sí mismo** los derechos y obligaciones a partir de la mayoría de edad, ya sea por sí mismo o por representante.

Dicho en otras palabras, los padres de intención y la madre gestante y su cónyuge, en caso de haberlo, deberán ejercer sus derechos y obligaciones en el acto jurídico y médico que están por celebrar. Así mismo, éstos deberán tener la mayoría de edad.

Ahora bien, el tercer requisito establecido, es que la madre de intención deberá acreditar el padecimiento de infertilidad que la aqueja mediante un certificado médico, con una limitante en cuanto a la edad, que ésta debe de tener entre veinticinco y cuarenta años de edad.

Como se ha comentado en párrafos precedentes, difiero de las limitantes de edad, tanto para la gestante como en el caso concreto de la madre intencional. Pues considero que el Congreso Tabasqueño desconoció que la mayoría de los casos existentes de infertilidad en las mujeres se dan después de los cuarenta años de edad. Por lo que optar por el tratamiento de la gestación sustituta o subrogada es su último intento para poder formar una familia, después de intentar por años en otros tratamientos que con probabilidad resultaron fallidos.

En lo que respecta al padre de intención, el Congreso tabasqueño omitió establecer alguna limitante a la edad y tampoco le requiere de un certificado médico para probar que al igual que la madre padece de infertilidad.

Sobre el particular, el entonces Coordinador de Asuntos Jurídicos del Gobierno de Tabasco, Juan José Peralta Fócil justificó que el requisito de edad se impuso debido a que en las estadísticas documentadas hubo un caso de una pareja de setenta años de edad que “rentaron” a una mujer para tener hijos, él se preguntó la razón del por qué éstas personas con la edad que tenían deseaban tener un hijo, dando por hecho, según su criterio personal, que los hijos subrogados eran para tenerlos como “esclavos”, en otras palabras, manifestó que la única razón de las personas de edad avanzada de tener hijos, era para que cuidaran de ellos, los asearan, los llevaran a consultas médicas, les hicieran compañía, no para la crianza de los hijos.³⁸

³⁸ Noticieros Televisa, “Extranjeros que contrataron a madres sustitutas en Tabasco violaron la ley, según autoridades: entrevista a Juan José Peralta Fócil”. Íbid.

Una seria crítica al Congreso y al Poder Ejecutivo tabasqueños en la legislación materia de análisis, es la postura discriminatoria adoptada contra los extranjeros, las parejas homosexuales, así como personas solteras con deseos de ser padres, limitando su aplicación exclusivamente a la población femenina que se ubica en el rango de edad entre veinticinco a treinta y cinco años para la madre gestacional de intención y veinticinco y cuarenta años para la madre de intención.

No obstante, el último párrafo del artículo en mención adiciona que no sólo bastará con el certificado médico expedido por la Institución médica en el que presuma que la madre de intención es infértil, sino también el médico que lleve a cabo el tratamiento de reproducción asistida deberá extender otro certificado para corroborar que ésta, en efecto, es infértil.

Lo restante del párrafo en mención ya se ha estudiado con antelación sobre la salud emocional y física de la gestante y los procedimientos médicos a seguir.

Otro punto a tocar es el penúltimo párrafo del artículo en comento, en la parte que especifica los procesos a seguir una vez que el contrato ha sido celebrado ante Notario Público, el instrumento deberá ser aprobado por un Juez competente, en un juicio no contencioso dónde se reconozca la filiación entre los padres intencionales y el feto, así como que la madre gestante y su cónyuge, en caso de que lo haya, renuncien a su derecho parentesco con el bebé. Una vez aprobado el instrumento legal antes mencionado, deberá ser notificado a la Secretaría de Salud de Tabasco.

Por lo que hace al último párrafo, se vuelve a hacer alusión en que únicamente a la madre gestante se le podrán implantar hasta dos embriones fecundados en un sólo tratamiento de reproducción asistida.

Por lo que hace al penúltimo artículo de este Libro primero, destinado a la Reproducción Humana Artificial, el artículo 389 BIS 6, del ordenamiento en comento, relata sobre el proceso administrativo a cargo del médico que dio un seguimiento al

proceso de la maternidad subrogada o sustituta, según haya sido el caso, ante la Secretaría de Salud del estado de Tabasco.

Así también, como el proceso que deberán realizar los padres de intención ante los Juzgados Familiares sobre la adopción del menor una vez que éste haya nacido. A continuación, se transcribe el artículo 380 BIS 6, del Código Civil tabasqueño, que a la letra dice:

“ARTÍCULO 380 Bis 6.- El certificado de nacimiento será expedido por el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento del o los recién nacidos; también llenará el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, el que contendrá, en este caso, la constancia que la gestación fue asistida a través de una técnica de apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada gestación por contrato.

El asentamiento del recién nacido deberá realizarse mediante la figura de la adopción plena aprobada por Juez competente, en los términos del presente Código.”

El primer procedimiento a seguir consiste en que una vez que el bebé nació, el médico autorizado o tratante, encargado de asistir al parto de la mujer gestante, tiene la obligación de expedir el certificado de nacimiento, dentro de las veinticuatro horas posteriores al hecho.

De acuerdo a lo establecido por la Secretaría de Salud, este certificado debe ser entregado a la madre una vez que es dada de alta. Por otro lado, esta dependencia también plantea el proceso que la madre debe de realizar en caso de que el nacimiento haya ocurrido fuera de una unidad médica, la madre acompañada del recién nacido, deberá acudir al Servicio de Salud más cercano para solicitar la expedición del

Certificado de Nacimiento a más tardar cuarenta y ocho horas posteriores al nacimiento, en donde previo a la expedición, se corroborará el vínculo madre-hijo.³⁹

De lo anterior, es notorio que el Congreso tabasqueño ha omitido qué es lo que sucede una vez que el certificado de nacimiento ya fue expedido por el médico tratante, por lo que, al ser omisos dejan interrogantes sin respuesta, verbigracia ¿a quién se le entregará el certificado de nacimiento?, hay que recordar que en este procedimiento participan dos mujeres, que ambas son madres, una actúa como madre gestante, quien presta su vientre para darle vida a otro ser humano, y por otro lado la madre de intención, quien padece infertilidad y busca procrear una familia.

La misma interrogante surge para el caso en que el nacimiento se haya dado fuera de una institución médica, ¿quién de las dos madres deberá acudir a los Servicios de Salud para solicitar que se le expida dicho certificado?; ¿existe validez de este acto ante los Servicios de Salud para los nacimientos producto de la maternidad subrogada o sustituta que se den fuera de una institución médica?

En este orden de ideas, también es una obligación del médico que llene el formato expedido por la Secretaría de Salud de Tabasco, en donde se hará constar, entre otros requisitos, que la gestación del recién nacido se apoyó de las técnicas de reproducción asistida o como la denominan en el estado de Tabasco, *gestación por contrato*.

Otra cuestión que se debe de considerar como discriminatoria es el hecho de hacer constar en el formato expedido por la Secretaría de Salud de Tabasco que el menor es producto de un método de reproducción asistida y aunque esta circunstancia no debe constar en el acta de nacimiento, de cualquier forma se deja constancia en un documento que puede ser público y afectar a las personas que sean producto de este

³⁹ Secretaría de Salud. (2022). Centro Nacional de Equidad de Género y Salud Reproductiva. Consultado el 20 de marzo 2020. Disponible en: <https://www.gob.mx/salud/documentos/cen?state=published>

tipo de métodos de gestación humana. Al respecto, si bien es cierto que el formato que expide la Secretaría de Salud tabasqueña, es para llevar un control de cuántas gestaciones se han apoyado de las multicitadas técnicas de reproducción asistida, lo cierto es que no debería expedirse ningún documento sino que lo correcto sería implementar un sistema que proteja los datos de los menores para que dicha información no pueda ser accesible a personas ajenas a los interesados y a las autoridades de salud de la entidad.

El segundo supuesto que establece el citado numeral, se refiere a la adopción plena que deben promover los padres de intención ante un Juzgado competente para obtener la custodia del recién nacido y poderlo llevar a casa. Del análisis sobre la forma en que se encuentra regulada dicha institución en la legislación tabasqueña encontramos que dicha hipótesis normativa es innecesaria y de alguna manera desatinada, toda vez que el segundo párrafo del artículo 347, es muy clara y precisa al establecer la presunción de que la madre legal del bebé será la madre de intención, sin importar si la madre gestante aportó o no su óvulo.

“ARTÍCULO 347.- Sin embargo, como una excepción a esta presunción, cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató.”

Por consiguiente, resulta ilógico que los padres de intención tramiten la adopción del bebé, cuando en el artículo 347 hace específica mención que la madre legal del bebé siempre será la madre intencional.

Por último, el artículo 380 BIS 7, refiere sobre los pagos de gastos médicos, así como la contratación de seguros de gastos médicos mayores para las madres gestantes, además de las sanciones correspondientes a quienes celebren el acto jurídico y médico de manera corrupta, por lo que entraremos a analizarlo con mayor profundidad; a continuación, se transcribe a la letra:

“ARTÍCULO 380 Bis 7.- El contrato de gestación carece de validez cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de los padres contratantes por parte de la mujer gestante, en cuyo caso están a salvo sus derechos para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados y presentar denuncias penales, en su caso.

Asimismo, podrá la gestante demandar a la madre y al padre contratantes el pago de gastos médicos, en caso de patologías genéticas y las que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal.

Será obligación de los padres contratantes garantizar con una póliza de seguro de gastos médicos mayores, expedido por una institución de seguros establecida legalmente en territorio nacional, que cubra los gastos originados en la atención del embarazo, parto y puerperio, a favor de la gestante sustituta o subrogada.

Se harán acreedores a las responsabilidades civiles aquellos médicos tratantes que realicen la implantación o fecundación de embriones humanos sin su consentimiento y sin la plena aceptación de las partes que intervienen.

Los notarios públicos que indebidamente den fe o certifiquen contratos de gestación sin apego a las disposiciones jurídicas aplicables, serán separados definitivamente de su encargo, en términos de la Ley de la

materia, sin demérito de las demás responsabilidades o delitos en que incurran.”

Como se ha mencionado anteriormente, es motivo de invalidez del contrato de gestación si en éste existió alguno de los elementos anteriormente mencionados, y por lo que refiere a este artículo es que, si los padres de intención lo han celebrado con error o dolo en cuanto a lo que respecta a su identidad, la madre gestante puede demandar los daños y perjuicios, así como denunciar por la vía penal, en caso de que esto proceda por lo posibles ilícitos en que hubieren incurrido los padres contratantes.

Asimismo, se establece que los padres de intención deben hacerse responsables de los gastos médicos en los casos que resulten de una inadecuada atención médica durante y después del embarazo. Los padres de intención quedan obligados a contratar un seguro de gastos médicos mayores para la mujer gestante, lo que deja en claro que se busca proteger la vida y la salud de la gestante.

Pero en la realidad, solamente los seguros de gastos médicos mayores cubren hasta diez meses, en su mayoría, para los casos de embarazo. Tiene esa duración porque las aseguradoras consideran que el embarazo es un proceso natural de la mujer y no una enfermedad.

No obstante, las aseguradoras establecidas en México cubren los gastos médicos a consecuencia de parto normal o cesárea, complicaciones en el alumbramiento, en algunos seguros el bebé queda asegurado desde su nacimiento, pero en su mayoría cubren al menor hasta que se haga la renovación del seguro.

Sin embargo, el mercado de las aseguradoras no cubre la gestación que se lleve a cabo por medio de las técnicas de reproducción asistida, pese a que esta legislación lo exige. Tal es el caso de la aseguradora mexicana GNP SEGUROS, que entre sus seguros si protege el embarazo, pero deja desprotegidos a los casos de maternidad subrogada.

Para apoyar lo señalado anteriormente, a continuación, se transcribe el párrafo del contrato de seguro de la citada compañía aseguradora, el cual establece a la letra:

“Ayuda para maternidad: parto o cesárea

Cobertura de la madre asegurada

Mediante este beneficio, GNP será responsable de pagar el monto indicado en el apartado de Condiciones especiales de contratación especificadas en el Certificado de Cobertura por Asegurado, con motivo del parto normal o cesárea, sin aplicar deducible y coaseguro. Esta cobertura aplica siempre y cuando el deducible contratado al momento del nacimiento y el vigente 10 meses antes del nacimiento sean menores o iguales a la Suma asegurada por parto o cesárea.

Dicho monto será el menor entre el vigente 10 meses antes de la fecha del nacimiento y el vigente al momento del nacimiento.

Este beneficio aplicará, siempre y cuando la Asegurada cumpla con al menos 10 meses de cobertura continua en la póliza con GNP al momento del nacimiento.

El beneficio de eliminación o reducción de periodos de espera no aplica para la cobertura de la madre asegurada.

Exclusiones:

Este beneficio no aplica para los siguientes eventos, sin importar cuál sea su origen o complicación y su forma de tratamiento:

- a) Aborto.***
- b) Cuando alguno de los padres se haya sometido a un tratamiento de infertilidad y/o esterilidad o un tratamiento para***

reproducción asistida.

c) Maternidad subrogada, sea la madre biológica y/o mujer gestante.

Adicionalmente a las Exclusiones Particulares de esta Cobertura, aplicarán:

Las Exclusiones del Apartado denominado: “Exclusiones a la Cobertura Básica y Beneficios Adicionales” y;

Las Exclusiones señaladas para los beneficios adicionales, en caso de que éstos hayan sido contratados por el Asegurado.

Cobertura de complicaciones del embarazo o puerperio

En caso de complicaciones del embarazo o puerperio, GNP sólo será responsable de pagar los gastos médicos en que incurra la madre asegurada por la atención que reciba a consecuencia de las siguientes complicaciones:

- *Embarazo extrauterino.*
- *Enfermedad hipertensiva inducida por el embarazo.*
- *Mola hidatiforme (embarazo molar).*
- *Sepsis puerperal (fiebre puerperal).*
- *Atonía Uterina.*
- *Placenta previa.*
- *Placenta acreta.*
- *Óbito.*
- *Diabetes gestacional.*

- *Púrpura trombocitopénica.*
- *Enfermedad o condición médica ginecoobstétrica que requiera manejo de cerclaje.*
- *Huevo muerto retenido.*

Las condiciones para el pago de estas complicaciones se establecerán sobre la base de la cobertura básica del Contrato vigente al momento de la reclamación.

Este beneficio aplicará, siempre y cuando la Asegurada cumpla con al menos 10 meses de cobertura continua en la póliza con GNP al momento del nacimiento. El beneficio de eliminación o reducción de periodos de espera no aplica para la cobertura de la madre asegurada.

Exclusiones:

Este beneficio no aplica para los siguientes eventos, sin importar cuál sea su origen o complicación y su forma de tratamiento:

- Aborto.***
- Complicaciones del embarazo, parto, cesárea o puerperio que no se encuentren explícitamente cubiertas en esta cobertura.***
- Complicaciones y/o gastos cuando sean como consecuencia de un tratamiento para la reproducción asistida, tratamiento de infertilidad y/o esterilidad. En estos casos no se pagará ningún gasto relacionado con el recién nacido, ni tampoco a los que presente la madre. En caso de maternidad subrogada tampoco se cubren los gastos de la madre biológica ni de la mujer gestante. Para este inciso, en caso de urgencia médica aplican los términos del***

apartado de Emergencia de gastos médicos mayores no cubiertos, excepto para reproducción asistida.

d) Gastos de la madre asegurada derivados de tratamientos para reproducción asistida, tratamiento de infertilidad y/o esterilidad, así como los gastos de la madre biológica y/o mujer gestante, en caso de maternidad subrogada.

Adicionalmente a las Exclusiones Particulares de esta Cobertura, aplicarán:

Las Exclusiones del Apartado denominado: “Exclusiones a la Cobertura Básica y Beneficios Adicionales” y;

Las Exclusiones señaladas para los beneficios adicionales, en caso de que éstos hayan sido contratados por el Asegurado.

Cobertura del recién nacido

Aquellos menores cuya gestación y nacimiento sean de la madre asegurada durante la vigencia de la póliza, quedarán asegurados sin cobro de prima desde su nacimiento hasta la renovación en la nueva versión de la póliza sin necesidad de selección médica, cubriéndoles padecimientos congénitos, prematuridad y/o complicaciones que se presenten a partir de la fecha de su nacimiento.

Esta cobertura aplicará, siempre y cuando la madre asegurada cumpla con al menos 10 meses de cobertura continua en la póliza con GNP al momento del nacimiento. El beneficio de eliminación o reducción de periodos de espera no aplica para la cobertura de la madre asegurada.

Para tal fin, el Asegurado titular y/o Contratante deberá notificar por escrito a GNP el nacimiento durante la vigencia del contrato a más tardar en la siguiente renovación.

Para la cobertura de padecimientos congénitos, las condiciones de la reclamación se establecerán con base en la póliza vigente 10 meses antes del nacimiento.

El beneficio de eliminación de periodos de espera aplica para el recién nacido que cumpla con lo anterior, excepto para SIDA, circuncisión y sus complicaciones.

Exclusiones:

Esta cobertura no aplica para las siguientes enfermedades y sus complicaciones:

a) Padecimientos congénitos, enfermedades y/o complicaciones de recién nacidos prematuros, originados por alcoholismo, drogadicción, reproducción asistida, y/o cuando alguno de los padres del menor asegurado se haya sometido o se encuentre en tratamiento de infertilidad o esterilidad.

b) Padecimientos o complicaciones que presente el recién nacido originado por otra enfermedad excluida en la cobertura de la madre asegurada.

c) Gastos y/o enfermedades de recién nacidos relacionados y/o derivados de un tratamiento de reproducción asistida, incluyendo la maternidad subrogada.

Adicionalmente a las Exclusiones Particulares de esta Cobertura, aplicarán:

Las Exclusiones del Apartado denominado: “Exclusiones a la Cobertura Básica y Beneficios Adicionales” y;

Las Exclusiones señaladas para los beneficios adicionales, en caso de que éstos hayan sido contratados por el Asegurado.

Cobertura de Cirugía Fetal

Mediante este beneficio, GNP se hará cargo de los gastos de Hospitalización, Honorarios Médicos y cualquier otro servicio médico en que incurra la madre asegurada con motivo de la atención médica que reciba por concepto de Cirugía Fetal, hasta el alta hospitalaria, con la finalidad de corregir los siguientes padecimientos siempre y cuando exista un diagnóstico médico:

- *Malformación adenomatoidea quística.*
- *Secuestro broncopulmonar.*
- *Mielomeningocele.*
- *Hidrotórax.*
- *Obstrucción urinaria fetal.*
- *Hernia diafragmática.*
- *Atresia u obstrucción de la laringe, tráquea o bronquial.*

Las condiciones para el pago de esta cobertura se establecerán sobre la base de la cobertura básica del Contrato vigente al momento de la reclamación sin tope de coaseguro.

Esta cobertura aplicará, siempre y cuando:

- *Se compruebe a GNP que la madre asegurada asistió*

mensualmente a consulta prenatal a partir de la octava semana de gestación.

- *La madre asegurada cumpla con al menos 10 meses de Cobertura continua en la póliza con GNP a la fecha probable de parto.*
- *Se proporcione a GNP informe médico que confirme el diagnóstico, emitido por un médico certificado en Cirugía Fetal.*

Para que esta Cobertura surta efecto, se deberá programar la atención médica que se requiera por lo menos 10 días hábiles antes de la misma. En caso de proceder, GNP dará a conocer por escrito las opciones médico hospitalarias disponibles, a elección del Asegurado, para la realización del procedimiento; indicando el proceso a seguir.

El beneficio de eliminación o reducción de periodos de espera no aplica para esta cobertura.

Exclusiones:

Esta cobertura no aplica para los siguientes eventos, sin importar cuál sea su origen o complicación y su forma de tratamiento:

- a) Padecimientos originados en el Feto por el consumo de alcohol y/o drogadicción y/o tabaquismo de la madre asegurada.***
- b) Cuando alguno de los padres del Feto se haya sometido o se encuentren en tratamiento de infertilidad o esterilidad o un tratamiento para la reproducción asistida.***
- c) Maternidad subrogada, sea madre biológica y/o mujer gestante.***
- d) Padecimientos o complicaciones que presente el Feto***

originados por enfermedades excluidas en la cobertura básica y cobertura de la madre asegurada.

e) Cualquier otro padecimiento diferente a los señalados en esta cobertura.

Adicionalmente a las Exclusiones Particulares de esta Cobertura, aplicarán:

Las Exclusiones del Apartado denominado: “Exclusiones a la Cobertura Básica y Beneficios Adicionales” y;

Las Exclusiones señaladas para los beneficios adicionales, en caso de que éstos hayan sido contratados por el Asegurado.”⁴⁰

(Énfasis añadido).

Este ejemplo, nos sirve para darnos una idea de que la mayoría de las aseguradoras en México, pese a que cubren el embarazo, excluyen a los embarazos subrogados aun cuando, en nuestro país, la legislación tabasqueña exige que se contrate un seguro para asegurar a la madre gestante y al bebé.

Es utópico el esquema que demarcan los legisladores tabasqueños para los padres de intención al hacerles contratar un seguro de embarazo para la gestante, cuando en la práctica eso no existe para la maternidad subrogada/sustituta.

Ahora bien, en el supuesto de que las aseguradoras que operan en el país quisieran cubrir los gastos médicos resultantes de un tratamiento de reproducción asistida, es difícil creer que las protecciones que ofrezcan sean lo suficientemente convenientes para contratar un seguro de este tipo, debido a que México no tiene la

⁴⁰ Seguros GNP. (2020). Pólizas Premium, Platino y Flexible. Consultado el 01 de abril de 2020. Disponible en: <https://storage.googleapis.com/staticportalcorporativo.gnp.com.mx/pdf/2020/Dinamica/Premium%2CPlatino%20y%20Flexible.pdf>

experiencia en este tema para sugerirle a las agencias aseguradoras sobre las coberturas y limitaciones para los casos de la maternidad subrogada/sustituta.

Por otra parte, el pago de los gastos médicos y el seguro de embarazo, no son suficientes para sufragar los gastos de la gestante, pues hay que considerar que varias de ellas se tienen que trasladar desde sus localidades a los consultorios gineco-obstetras que hayan elegido las partes, así como los gastos de alimentación y vestido.

Además de que se revisa el tratamiento que se da a las madres gestantes en otras legislaciones del mundo en la cual se les protege ante diversas eventualidades que pudieran surgir durante el embarazo, lo cierto es que, en México, si ésta llegase a perder su empleo o su fuente de ingresos a causa del embarazo y tuviera que guardar reposo, los legisladores tabasqueños no consideraron importante proveerle a la madre gestante un apoyo económico si llegare a presentarse algún problema al respecto.

Por último, los dos párrafos subsecuentes son tocantes a las sanciones que les corresponden, en primer lugar, a los médicos tratantes que implanten embriones sin consentimiento de las partes, y por último al Notario Público que dé fe al acto jurídico celebrado, sabiendo que éste no se apega a las disposiciones establecidas en esta legislación local, teniendo como sanción la separación de su cargo.

El Código Civil del Estado Libre y Soberano de Tabasco a partir de 1997, se posicionó como uno de los más innovadores por cuanto hace a la regulación de la maternidad subrogada o sustituta, figura jurídica novedosa dentro del sistema jurídico local mexicano, lo incuestionablemente en ese entonces para la sociedad de nuestro país en su conjunto, y en especial, para la tabasqueña, fue definitivamente un choque cultural, social y religioso, que aún persiste en diversas personas y asociaciones religiosas, políticas, sociales y culturales, quienes rechazan esta figura jurídica y la consideran condenable moralmente.

A lo largo de los años ha habido reformas a la figura jurídica de la maternidad subrogada y sustituta, pero la que más ha causado polémica al capítulo VI BIS, de la Gestación Asistida y Subrogada, data del 13 de enero de 2017, ya que esta última reforma fue duramente criticada porque se caracterizó como dura, discriminativa, injusta hasta irrealista.

No quiere decir que todo sea malo, sino que el Congreso tabasqueño no ha sido imparcial, no se ha querido dar por enterado de que su reforma ha afectado hasta el día de hoy a un sinnúmero de familias, especialmente a los extranjeros que han venido a México con la ilusión de poder formar integralmente una familia procreando hijos propios a través del método de reproducción asistida, pero lo único que han conseguido es discriminación, hostigamiento y rechazo. Está claro que a muchas de las familias no les ha favorecido la reforma del 2017, que se encuentran litigando en tribunales para que se les haga valer su derecho humano a ser padres.

El analizar esta legislación nos deja abiertos a un sinnúmero de escenarios, para tomar lo que realmente puede funcionar en la práctica y lo que no debe de hacerse, para evitar este tipo de problemáticas sociales y jurídicas que enfrentan las familias.

III.4. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE SINALOA.

III.4.1 CÓDIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE SINALOA.

La adición del capítulo VI BIS del Código Civil del Estado de Tabasco, sobre la *Gestación Asistida y Subrogada*, así como sus constantes reformas ha traído consigo un sinnúmero de comentarios positivos como negativos. Además, se ha puesto sobre la mesa el debate legislativo sobre si es necesario admitir esta práctica para quienes padecen de infertilidad.

No obstante ello, el Estado de Sinaloa después de un arduo estudio y debate legislativo, el 6 de febrero de 2013 publicó en el Periódico Oficial “*El Estado de Sinaloa*”⁴¹, un decreto mediante el cual aprobó la práctica en dicha entidad de las Técnicas de Reproducción Asistida, incluida la maternidad subrogada. A diferencia del Estado de Tabasco cuyo tema es tratado en su Código Civil, este tema se ubica en el Código Familiar de la entidad sinaloense.

A pesar de que fue aprobada en el año dos mil trece dicha práctica en la citada entidad federativa, no es muy recurrente hasta nuestros días en la sociedad sinaloense, inclusive, se desconoce el registro certero de casos en los que se hayan celebrado ante Notarios Públicos, clínicas y en los mismos Juzgados de lo Familiar de dicha entidad.⁴²

En el capítulo V, nominado “*De la Reproducción Humana Asistida y la Gestación Subrogada*” del Código Familiar del Estado de Sinaloa, se encuentra regulada la modalidad de la maternidad subrogada, así como los objetivos de su práctica en dicha entidad, las condicionales para poder ejercerla y sus limitantes, entre otras disposiciones.

Sobre el particular, se considera conveniente mencionar que el Congreso Sinaloense, al desarrollar el articulado del capítulo en comento, tomó como referencia el contenido del capítulo VI BIS del Código Civil del Estado de Tabasco, relativo a la *Gestación Asistida y Subrogada*, razón por la cual y con el objeto de evitar repeticiones innecesarias, el análisis que se hará en el presente apartado sobre la legislación sinaloense sobre el tema que nos ocupa, exclusivamente se circunscribirá al estudio de

⁴¹ Transparencia Sinaloa. (s.f). “De la reproducción humana asistida y la gestación subrogada”. Consultado el 01 de enero de 2022. Disponible en: http://www.transparenciasinaloa.gob.mx/images/stories/sss/DE_LA_REPRODUCCION_HUMANA_ASISTIDA_Y_LA_GESTACION_SUBROGADA.pdf

⁴² El Sol de Sinaloa. (2021). “Vientres subrogados: una opción legal poco recurrida”. Consultado el 18 de agosto de 2021. Disponible en: <https://www.elsoldesinaloa.com.mx/local/vientres-subrogados-una-opcion-legal-poco-recurrida-6552169.html>

las actualizaciones que dicho Congreso sinaloense haya adicionado al citado Código Familiar.

Dicho lo anterior, se considera pertinente empezar por el estudio del artículo 282 del citado Código que se encarga de definir entre otros conceptos: ¿qué es la reproducción asistida? ¿quiénes son los que intervienen en el proceso de gestación artificial? ¿cuáles modalidades existen y en qué consisten? y, por último, un elemento de suma importancia, ¿en qué consiste el consentimiento de la donación del material genético del padre de intención para ejercer la fecundación *post mortem* de acuerdo a la ley? Lo anterior, exige en primer término transcribir el contenido su contenido para su posterior análisis, mismo que a continuación se reproduce:

*“Artículo 282. Se entiende por reproducción humana asistida, 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.*

Se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación homóloga y heteróloga. Se entiende por fecundación homóloga aquella en la que los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos; y por fecundación heteróloga, aquella en que por lo menos uno de los gametos es donado por un tercero.

Sólo será válido el consentimiento expresado en vida del disponente primario, con las formalidades que esta Ley exige, para efectos de inseminación post mortem.” (Énfasis añadido)

Si se hace una comparación con el contenido del artículo 380 BIS del Código Civil del Estado de Tabasco, se puede afirmar que existe una gran similitud entre ambos preceptos, ya que primeramente, establece una definición sobre la reproducción asistida, y en comparación con el estado precedentemente estudiado, es que para llevar a cabo este tratamiento los métodos deben estar acreditados y autorizados por la Secretaría de Salud, además de que las prácticas de la reproducción asistida deben ser realizadas con la intervención del personal de la salud, estableciendo como objetivo principal de este proceso médico, el crear un ser humano de forma artificial, distinto al de tener una relación sexual, y así una pareja estéril pueda formar su familia a través de la donación de su material genético.

Asimismo, establece las dos modalidades para poder procrear a un nuevo ser humano, la fecundación homóloga y heteróloga, mismas que ya fueron comentadas al hacer el análisis de la legislación tabasqueña, por lo que no se profundizará en su estudio en el presente apartado.

Al igual que en el Estado de Tabasco se regula el consentimiento en los casos de la inseminación *post mortem*, mismo que se materializa en forma posterior al fallecimiento de uno de los cónyuges o concubinos, donde previamente su material genético ha sido depositado en un banco de ovocitos o esperma⁴³, con la finalidad de preservar su descendencia a través de la procreación.

⁴³ Bejarano, N. (2015). Inseminación Post Mortem: Derecho comparado Colombia-España. Research Gate. Consultado el 22 de diciembre de 2022. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/301360500_Inseminacion_Post_Mortem_Derecho_comparado_Colombia-Espana_-_BEJARANO_Nelson_2015

La preservación de material genético para ser utilizado para la inseminación *post mortem* está permitida con el propósito de que cualquier persona pueda formar su familia, aun cuando una de las partes, sea cónyuge o concubino/a, haya fallecido; lo anterior, siempre y cuando el procedimiento para la preservación de su material genético cumpla con los requisitos legales establecidos; o sea, sin que contravenga las leyes, usos y costumbres.

En el artículo 283 del citado Código se define qué es la maternidad subrogada, además de que se establece quienes son los partícipes de este proceso y los roles que desempeñan en dicho acto; de igual forma, establece un parámetro de edad para quienes pueden ejercer el ser la madre gestante, artículo que a continuación se reproduce:

*“Artículo 283. La maternidad subrogada se efectúa 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.***

*Pueden ser madres subrogadas gestantes, sólo las mujeres entre veinticinco y treinta y cinco años de edad **que tienen, al menos, un hijo consanguíneo sano**, una buena salud psicosomática y que han dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre.” (Énfasis añadido)*

Sin dejar a un lado la conceptualización de la maternidad subrogada, es de importancia hacer notar que los legisladores Sinaloenses establecen que las personas que pueden acceder a realizar este tratamiento médico son un hombre y una mujer,

dejando de lado a quienes también buscan acceder a este tipo de métodos, como es el caso de las parejas homosexuales, viudos, solteros, entre otros, estableciendo con ello una limitante para quienes desean formar su familia sin importar su orientación sexual o estado civil.

En este orden de ideas, describe que la relación inicia cuando se inserta el material genético en la madre gestante y ésta lleva a cabo la gestación en su útero, dando como resultado el nacimiento de el/los hijos(s), resultado de esta técnica, dando como concluido la correlación que existe entre las partes.

Igualmente, se establece como requisito la edad de las madres gestantes, siendo la edad de veinticinco y treinta cinco años de edad, mismas que deben gozar una excelente salud, tener al menos un hijo sano, y por supuesto su consentimiento para participar en este proceso gestacional.

Del análisis de la legislación sinaloense en materia de maternidad subrogada puede observarse que existe una gran similitud en la parte que corresponde a las modalidades de dicha institución, con los contenidos de los artículos 380 BIS 1, 380 BIS 3 del Código Civil tabasqueño.

Por ejemplo, el artículo 284 del código en comento reconoce las modalidades de la maternidad subrogada, las cuales son contempladas en forma análoga a las descritas en el artículo 280 BIS 2 del Código Civil de Tabasco; sólo difiere en lo que se refiere a la incorporación de dos figuras nuevas, como son: la subrogación onerosa y altruista, tal y como se desprende del contenido del precepto en cuestión, que a la letra establece:

“Artículo 284. La maternidad de sustitución, admite las siguientes modalidades:

I. Subrogación total, implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto, entregue el hijo a la pareja o persona contratante;

II. Subrogación parcial, 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;

*III. **Subrogación onerosa**, es la que se da 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; y,*

*IV. **Subrogación altruista**, es la que se da cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita.” (Énfasis añadido)*

Al contemplar las comentadas modalidades, se está en los supuestos hipotéticos que plantean la posibilidad de las mujeres gestantes pueden optar por gestar a los hijos de otras personas a cambio de una prestación pecuniaria; o bien, hacerlo, por razones altruistas.

Si se hace una comparación con lo establecido en la legislación del Estado de Tabasco, resulta claro que en la misma no se contempla el supuesto jurídico consistente en que los padres de intención deben pagar a la madre gestante por el servicio brindado, ya que ésta exclusivamente hace alusión a que los gastos médicos correrán a cargo de ellos; contrario a lo establecido en la legislación sinaloense, en cuya legislación expresamente se encuentra reglamentada la posibilidad de una contraprestación por gestar al hijo de los padres imposibilitados de tenerlo, más los gastos generados durante el proceso de gestación.

Lo anterior, lleva a plantear un debate en el campo social, moral y económico, en donde la cuestión a resolver es la siguiente: ¿se justifica social, económicamente y, sobre todo, desde el punto de vista ético pagar honorarios a la madre gestante por prestar su vientre y gestar un hijo de otras personas?

Sobre el particular, se pueden hacer dos reflexiones opuestas, la primera que encuentra su sustento en la idea de que la práctica de la maternidad subrogada sólo se justifica éticamente y, como consecuencia, en un acto de solidaridad su fin último es ayudar sin fines de lucro, a quienes se encuentran incapacitados para procrear sus propios hijos; el planteamiento opuesto, considera que ninguna mujer tiene porque padecer las vicisitudes de un embarazo y alumbramiento de un bebe ajeno, poniendo en riesgo su vida, sin tener a cambio un beneficio económico.

En ambos casos, la respuesta no es fácil, lo que si es cierto es que no puede considerarse que la libertad de reproducción deba verse como un negocio, de tal forma que el alquiler de vientres pueda convertirse en el modo de vida de muchas mujeres, por lo que se considera que lo correcto debe ser el justo medio; o sea, cubrir un pago justo a la madre sustituta, sin que esto lleve a convertir esta práctica como un mero negocio mercantil que degrade la institución de la maternidad subrogada.

En relación con lo anterior, resulta conveniente comentar el contenido del artículo 327 de la Ley General de Salud, el cual prohíbe comerciar con órganos, tejidos y células, estableciendo como premisa básica su donación, siempre y cuando éstos sean aportados bajo un sentir altruista, sin ánimos de lucro, para reforzar lo dicho anteriormente, se cita a continuación el contenido del citado numeral que a la letra dice:

“Artículo 327. Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células.

La donación de éstos con fines de trasplantes, se regirá por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y

confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito.” (Énfasis añadido)

De la interpretación del numeral en comento, se puede llegar a la conclusión de que el artículo 284 del Código Familiar de dicho Estado se contrapone a los principios emanados del artículo 327 de la Ley General de Salud, toda vez que por ningún motivo debería existir lucro para la madre gestante, ya que si bien es cierto que la ley en comento se refiere al comercio de órganos, tejidos y células, no a la maternidad subrogada, no menos cierto es que ésta por extensión puede equipararse a la donación de órganos y al establecer la posibilidad de comerciar con la misma, se rompe completamente con los principios en los que debe apoyarse el proceso de reproducción asistida, el cual debe ser un acto altruista, empático y solidario.

Por lo que hace al pago de los gastos médicos, alimenticios, vestido, traslado y seguro médico son cuestiones que indiscutiblemente deben sufragar los padres de intención y no así el pago del servicio de gestación subrogada prestado por la madre gestante, a criterio de la autora del presente trabajo de investigación.

Cabe mencionar que en diversos documentales, artículos periodísticos y conferencias de activistas feministas (Hinojosa, 2022)⁴⁴ refieren a que, en su mayoría, si no es que en su totalidad, las madres gestantes provienen de los estratos económicamente vulnerables, y es por eso que los legisladores de Sinaloa seguramente implementaron la modalidad de subrogación onerosa, cuyo propósito fundamental es que las mismas obtengan a través de su cuerpo un ingreso para aliviar la pobreza en que viven, sin que ello implique que deba convertirse en un negocio inmoral e inhumano

⁴⁴ MVS Noticias. (2022). Negocio de vientres de alquiler abusa de pobreza de mujeres: feministas. Consultado el 22 de diciembre de 2022. Disponible en: <https://mvsnoticias.com/nacional/2022/3/7/negocio-de-vientres-de-alquiler-abusa-de-pobreza-de-mujeres-feministas-545033.html>.

que tenga por objeto lucrar a costa de quien o quienes por razones biológicas o de otra naturaleza estén impedidos de procrear sus propios hijos .

Diversos colectivos feministas no aceptan la práctica de la maternidad subrogada como un acto altruista, pues lo consideran una forma de explotación corporal de los padres intencionales sobre la madre gestante, por lo que ésta tiene derecho a recibir una remuneración por el servicio prestado.

Ahora bien, como se ha hecho alusión en líneas precedentes, en el Código en comento se innovó al introducir dos modalidades de subrogación, la onerosa y la altruista; en el segundo caso no existe discusión alguna ya que al ser gratuita se cumplen los principios de la Ley General de Salud, por lo que el debate se centra en la primera; o sea, en la subrogación onerosa, ya que una ley local contradice una norma superior como es una ley general, pues como ya se señaló el citado artículo 327 del ordenamiento en comento contempla que la donación de tejidos, órganos y células debe realizarse a título gratuito, sin ánimos de lucro, aunque en el campo filosófico habría que analizar la posibilidad de reformar dicho numeral a fin de que en el caso específico de la maternidad subrogada pudiese realizarse a título oneroso cuando sea una práctica que se justifique por razones humanitarias y no se convierta en una práctica mercantil reiterada.

Por otra parte, en el artículo 285 del citado Código de Sinaloa reproduce casi en su totalidad el artículo 380 BIS 3 del código Civil de Tabasco, esto es así, debido a que los Legisladores de Sinaloa no establecieron que autoridad sería encargada de darle un seguimiento del tratamiento de la maternidad subrogada como sucede en la legislación de Tabasco, en donde esta responsabilidad se asigna a la Secretaría de Salud de dicha Entidad, omitiendo de igual modo otros requisitos relevantes; entre ellos: el rango de edad que debe tener la madre gestante, gozar de una óptima salud biopsicosomática, hacer la aclaración de que la madre gestante debe estar

completamente informada del proceso médico al que se someterá para finalmente, plasmar su consentimiento, por mencionar algunos ejemplos. Para ilustrar lo anterior, a continuación, se transcribe dicho numeral que a la letra dice:

“Artículo 285. Ninguna mujer que padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía podrá ser madre subrogada gestante. A ésta se le realizará una visita domiciliaria por personal de la unidad de trabajo social del hospital tratante, para comprobar que su entorno familiar sea estable, libre de violencia y su condición económica y social sea favorable para su adecuado desarrollo.

La madre subrogada gestante, deberá 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 más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento.”

Como puede observarse en el contenido de la maternidad subrogada, se delega la responsabilidad del proceso de elección de la madre gestante a los trabajadores sociales de la Institución hospitalaria en donde se realice la misma, y si bien puede ser una participación importante de estos orientadores, esto no es lo correcto, ya que es necesario que exista una coordinación entre los trabajadores sociales y el personal médico, en aras de que sea la Secretaría de Salud de Sinaloa la dependencia responsable de vigilar y dirigir todas las etapas del procedimiento de la maternidad subrogada.

Como se enunció en líneas precedentes, las estadísticas arrojan que su mayoría las madres gestantes son de bajos recursos y esa es la principal razón por qué participan alquilando sus vientres. Esto tiene un gran inconveniente a criterio de la autora del presente trabajo de investigación toda vez que no obstante que el contenido

del artículo en comento, en la parte final del primer párrafo estatuye que los trabajadores sociales a través de visitas domiciliarias constatarán que la condición económica de las mismas sea favorable, lo cierto es que la pobreza extrema debido a que quienes buscan asistir como madres gestantes, no se ubican en un ambiente propicio para llevar a cabo un embarazo cuando se encuentran en un estado económicamente menesteroso, lo que no permite asegurar un embarazo exitoso al encontrarse en una posición económica precaria, lo que se convierte en una limitante para ser candidata como madre gestante, debido a que su condición económica y social, como es obvio, no es favorable para su adecuado desarrollo.

Esta limitación es entendible, aunque no deja de ser por ello excluyente, por lo que el Legislativo de Sinaloa debe de analizar dicha situación salvaguardando los derechos de los partícipes en este proceso, ya que sin importar la condición social o económica hay mujeres que perteneciendo a una posición social alta, media o baja han sido partícipes como madres gestantes y el sentir que comparten estas mujeres y que prevalece en este acto ha sido y es el altruismo hacia otras parejas que buscan formar su propia familia, sin importar su clase social.

Por otra parte, queda determinado que los requisitos por cuanto hacen al estado de salud de la madre subrogada y sobre todo el no haber estado embarazada al menos un año previo al sometimiento de dicho proceso gestacional, debe estar avalado por un dictamen médico, asimismo, recalca la importancia de que no haya sido partícipe en este procedimiento más de dos veces. En virtud de lo cual, el legislador determina que las madres gestantes únicamente pueden intervenir en este tipo de procedimientos dos veces, lo cual es del todo importante limitar el número de ocasiones en que las madres gestantes pueden insertarse en este método de reproducción, a fin de que no pueda convertirse en un acto de explotación corpórea.

Por lo que hace al artículo subsecuente, el Congreso Legislador de esta entidad hace especial manifestación sobre la donación de material genético por parte de personas que se encuentran casados, señalando a la letra lo siguiente:

“Artículo 286. Las personas casadas no podrán donar esperma u óvulo artificialmente a madre portadora, ni a reclamar la progenitura, a no ser que obtuvieren el consentimiento de su cónyuge. Pero en el caso de que demandaren la paternidad o maternidad, no podrán recibir la custodia del producto de la inseminación, salvo por la incapacidad o muerte de la madre y siempre con la anuencia del cónyuge.

La voluntad que manifiesten las partes para la realización del instrumento de la maternidad subrogada debe ser indubitable y expresa. Los derechos y obligaciones que de ella emanan son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma.”

Como se desprende del numeral citado, en primera instancia, de debe tomar en cuenta que el material genético que deseen donar las personas que estén casados sólo pueden hacerlo si cuentan con el consentimiento de su consorte; así como que no pueden demandar la patria potestad del menor nacido mediante este método de reproducción asistida, a menos que sea por causa *vis maior (de fuerza mayor)*; sea, por incapacidad o muerte de la madre portadora.

El numeral en comento es ambiguo, pues no señala claramente si los donantes se consideran también a los padres de intención, los cuales pueden donar su material genético, o bien, en caso de ser infértiles ambos, pueden recurrir a los bancos de donación de espermias u óvulos, lo cual provoca que dicho numeral sea oscuro e impreciso e incluso contradictorio.

Finalmente, el último requisito establecido en el numeral en comento se refiere a la celebración del instrumento legal, donde la solemnidad del acto exige la constatación de la voluntad expresa de las partes a través de la estampación de su firma en dicho documento, sin necesidad de que un tercero ajeno al procedimiento actúe como su representante legal.

En lo tocante a los artículos subsecuentes son una transcripción exacta del Libro Primero del Código Civil del Estado de Tabasco, prístino en reconocer la práctica de la maternidad subrogada como un derecho para quienes se ven imposibilitados de formar su familia debido a la infertilidad que aqueja a la mayoría de la población mexicana.

Los artículos consecuentes se transcribirán a la letra, haciendo la aclaración de que el estudio de los mismos no se realizará a profundidad, no porque no sea relevante su estudio sino debido a que los comentarios hechos anteriormente al Código Civil tabasqueño, son aplicables al ordenamiento del Estado de Sinaloa, por lo que en obvio de repeticiones ociosas, se tendrán por reproducidos para los numerales que a continuación se citan.

En este orden de ideas, se empezará por citar el contenido del artículo 267 del Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Sinaloa, que a la letra dice:

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

En el precepto en comento se prescribe que la participación de los sujetos involucrados en este proceso de la maternidad subrogada deben de formalizar la manifestación de su voluntad a través de su firma en un instrumento jurídico otorgado ante un notario público, el director de la clínica o centro hospitalario, el cual debe

contener como requisitos de forma el lugar, año, mes día y hora en que haya sido otorgado. Lo anterior, permite dejar constancia del consentimiento de las partes participantes, quienes se hacen concedores de los alcances, obligaciones y derechos a que están sujetos. Sobre el particular, se considera relevante el hecho de que el Director de la institución de salud donde se llevará a cabo este procedimiento, deba ser parte en la formalización del instrumento de maternidad subrogada, debido a que su intervención se convierte en una medida que compromete al personal de salud a realizar todos los procedimientos médicos que permitan salvaguardar la salud de la madre gestante y el producto de la gestación.

Bajo esa óptica, se colige que de la celebración de ese instrumento base, es acreditado por individuos autónomos y responsables, asimismo que tienen la libertad de ejercer ese derecho autónomo que cada uno posee, igualmente la libertad de elegir su solemnidad, por añadidura que cada individuo es libre de decidir las negociaciones de una manera justa, sin transgredir a las normas, los procedimientos médicos y las buenas costumbres.

Por su parte, en el artículo 288 del Código sustantivo es alusivo a las causas de nulidad del instrumento de Gestación subrogada, señalando a la letra:

“Artículo 288. Es nulo el Instrumento para la maternidad subrogada realizado bajo las siguientes circunstancias:

I. Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas;

II. No cumpla con los requisitos y formalidades que señala este Código;

III. Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana; y,

IV. Se establezcan compromisos o cláusulas que contravengan el orden social y el interés público.

La nulidad del documento no lo exime de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia.”

De conformidad con lo establecido en el numeral que se analiza, las actuaciones serán nulas cuando no se cumplan con las formalidades que este precepto establece como esenciales para la celebración de los instrumentos que versen en el tema de la maternidad subrogada.

Empero, aunque la nulidad sea decretada por el Juez de lo Familiar, las partes no podrán evadir las obligaciones asumidas con la celebración del contrato, por lo que al exteriorizar su consentimiento mediante su firma aceptan las obligaciones y alcances legales asumidos en el instrumento celebrado.

Siguiendo con este orden de ideas, se puede observar que el numeral subsecuente; o sea, el artículo 289 del Código que se analiza, es un símil del artículo 380 BIS 4 del Código tabasqueño en la materia, el cual establece en idénticos términos lo siguiente:

“Artículo 289. Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica, informarán ampliamente de las consecuencias médicas y legales de la implantación de pre embriones y embriones en el cuerpo de una mujer gestante. Actuarán con estricto apego al secreto profesional, respecto a la identidad de las personas que intervienen en la implantación. 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.”

Se desprende que el personal médico que lleve a cabo el proceso de gestación subrogada deberá cumplir con los requisitos establecidos en este Código, que van desde informar de manera clara y oportuna a las partes sobre el proceso que estarán por comenzar, los pros y las posibles afecciones tanto en salubridad como en el ámbito legal. Asimismo, de calificar previamente a las partes involucradas en el procedimiento, padres de intención y la madre gestante, si cumplen con las formalidades y requisitos legales y físicos, cuestión que como ya se señaló anteriormente garantiza que el procedimiento se cumpla con las normas mínimas de salud pública.

Como consecuencia de lo anterior, es importante destacar la responsabilidad que tiene el personal médico en este acto, consiste en proteger la salud y la vida de sus pacientes, comunicarse con respeto a las partes, ser imparcial, no actuar con discriminación, respetar la dignidad de los pacientes, velar por la privacidad y protección de la información personal de los involucrados, garantizando con ello el derecho humano inalienable a la salud reconocido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Con respecto a los requisitos que deben cumplir los contratantes para suscribir el instrumento que tenga como objetivo la práctica de la maternidad subrogada, éstos se encuentran contemplados en el artículo 290 de este Código Familiar Sinaloense, que a la letra establece:

“Artículo 290. El Instrumento para la maternidad subrogada podrá ser suscrito por las partes, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

- I. Ser Ciudadano Mexicano;*
- II. Poseer capacidad de goce y ejercicio;*

III. La madre subrogada acredite mediante certificado médico, expedido por el médico tratante, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero;

IV. La mujer gestante otorgue su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo la implantación de la mórula, y acepte su obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional y a concluir su relación subrogada, respecto a la persona menor y los padres subrogados con el nacimiento; y,

V. La mujer gestante cumpla con los requisitos que establece este Código.

Para los efectos de la fracción III del presente artículo, el médico tratante deberá extender y solicitar los certificados médicos que acrediten los supuestos correspondientes.”

De la enumeración de los requisitos a que alude el numeral en comento, se debe hacer notar que el contenido en la fracción I que exige tener la calidad de Ciudadano Mexicano, se convierte en una limitante para los padres de intención que no tienen este carácter, como es el caso de los extranjeros residentes en el país, mismos que no obstante que se encuentren casados o en concubinato con ciudadanas o ciudadanos mexicanos no hayan decidido adquirir la nacionalidad mexicana, lo que obviamente los excluye de la posibilidad de ser madres o padres de intención a causa de la infertilidad. Por lo tanto, al ser una reserva para ciudadanas o ciudadanos mexicanos se debe considerar al citado numeral violatorio del derecho humano para la organización y desarrollo de la familia, derecho que emana del artículo 4° de la Constitución mexicana.

Por otro lado, los requisitos marcados en los numerales II, III, IV y V es la síntesis de lo que se ha expuesto en este trabajo de investigación. De acuerdo a lo comentado a lo largo del presente apartado, primeramente las partes deben gozar de capacidad de

goce y ejercicio, ya que en este acto deberán hacer valer y cumplir sus derechos y obligaciones; asimismo, acreditar mediante un certificado médico la infertilidad de la madre subrogada, así como que la madre sustituta está en posibilidad y se compromete a llevar a cabo una gestación fructífera; de igual forma, se necesita el consentimiento de la madre gestante, una vez que reciba toda la información médica y jurídica del proceso que conlleva la gestación subrogada y; finalmente que aquella que gesticione al bebé cumpla con los requisitos que ya se anteriormente han sido comentados.

Los artículos 291 y 292 del Código en comento regulan el proceso médico para salvaguardar en todo momento la salud física y mental de la madre gestante, así como el de los padres subrogados, tal y como se desprende de sus contenidos que a continuación se transcriben a la letra:

“Artículo 291. El médico tratante realizará los exámenes médicos previos a la implantación y que sean necesarios de la salud física y mental de la mujer gestante, para corroborar que no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional.”

“Artículo 292. La mujer gestante, el padre y la madre subrogatorios, deberán hacerse los estudios que establezca la Secretaría de Salud y que garanticen la salud de los implicados.”

Ciertamente, en este proceso la premisa es dignificar la vida humana, luego entonces el médico que asista al proceso optará por los métodos adecuados para llevar a cabo un desarrollo embrionario exitoso, comenzando por realizar los estudios médicos necesarios de los padres de intención, éstos siempre deberán cumplir con las exigencias que establezca la Secretaría de Salud de la entidad, por lo que darán seguimiento desde la implantación embrionaria hasta el nacimiento del bebé.

Conforme a lo establecido en el artículo 293 del Código Familiar Sinaloense, queda contemplado el tema de la filiación del bebé, precepto que, textualmente, establece lo siguiente:

“Artículo 293. Una vez que sea suscrito 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 o madre subrogados.”

Del precepto en cita queda asentado que una vez formalizado el instrumento legal ante Notario Público y el personal médico asistente, deberá informarse sobre la celebración y existencia del mismo a la Secretaría de Salud de la entidad, así como al Oficial del Registro Civil de la entidad, de modo que se reconozca la filiación del menor desde el momento en que ha sido implantado el material genético, siendo sus padres biológicos los padres de intención o subrogados.

En las relatadas circunstancias, el artículo 294 de esta normatividad Sinaloense expone sobre el certificado de alumbramiento lo siguiente:

“Artículo 294. El certificado de nacimiento será el documento que expida el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento del menor de edad y que llenará el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud y que contendrá en este caso, la constancia de que la maternidad fue asistida a través de una técnica de apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada maternidad subrogada. Las alusiones o referencias que hace la normatividad vigente en el Estado, relativas a la madre o a la

identidad de la madre, se entenderán referidas a la madre subrogada gestante del nacido.”

Siendo así, puede inferirse que del alumbramiento, el médico asistente será quien expida el documento requerido por la Secretaría de Salud en donde se deje constancia de que el nacimiento del bebé fue por medio del método de reproducción asistida (maternidad subrogada). Y por lo que hace a la nominación de “madre” y las diversas acepciones sobre su identidad y demás temas relativos a este término, se entenderá a la madre gestante.

En este orden de ideas, los tres últimos artículos del capítulo V del ordenamiento en comento, son atinentes a las causas de invalidez del contrato en materia de la maternidad subrogada; las causas por las que puede demandar la madre gestante y, sobre las responsabilidades legales de una mala praxis médica, causales que fueron analizadas al hacer el estudio del Código Civil de Tabasco, por lo que sólo se hará referencia brevemente a los mismos. El artículo 295 del Código Familiar Sinaloense expone lo siguiente:

“Artículo 295. El instrumento para la maternidad subrogada carece de validez, cuando haya existido error o dolo, respecto a la identidad de los padres subrogados por parte de la mujer gestante, en cuyo caso están a salvo sus derechos para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados e interponer denuncias penales, en su caso.”

“Artículo 296. También puede la mujer gestante, demandar civilmente a la madre y al padre subrogados, el pago de gastos médicos, en caso de patologías que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal.”

“Artículo 297. Se harán acreedores a las responsabilidades civiles y penales aquellos médicos tratantes que realicen la implantación o

fecundación de embriones humanos sin el consentimiento y plena aceptación de las partes que intervienen, de acuerdo a las disposiciones de este Código y los Códigos Civil y Penal vigentes.”

Como puede observarse, si son violados los requisitos de validez con los que debe de contar este pacto legal entre las partes, tendrá como consecuencia, no ser reconocido con carácter de legal ante las autoridades; asimismo, que los derechos de la parte vulnerada, en este caso la madre gestante, estarán salvaguardados para poder demandar por los daños y perjuicios ocasionados en la vía civil o bien denunciar en la vía penal de haber realizado actos ilícitos en el proceso.

Bajo esta óptica, la madre gestante también tiene derecho de demandar por la vía civil, en caso de que los padres subrogados o de intención no cumplan con su obligación de cubrir los gastos médicos del proceso gestacional, o bien, si de este proceso médico la misma resulta con trastornos fisiológicos o anatómicos consecuencia de una deficiente atención médica.

Las partes establecen acuerdos en el instrumento por el que formalizan los compromisos que adquieren al celebrar el contrato de maternidad subrogada, mismos que deben de cumplirse, entre ellos se encuentra el que adquieren los padres de intención, quienes se obligan a cubrir los gastos médicos y estar atentos a que el médico tratante y la institución médica donde se lleve a cabo el proceso de la reproducción asistida, brinden un servicio médico de la más alta calidad. Lo cual es del todo coherente, ya que si éstos son omisos o no corresponden con su parte de responsabilidad, la madre gestante está en posibilidades de demandar los daños y perjuicios ocasionados.

Cuestión que a juicio de la autora del presente trabajo de investigación es deficiente, pues a diferencia de lo establecido en el artículo 380 BIS 7 del Código Civil Tabasqueño, los legisladores Sinaloenses fueron omisos al no establecer una

protección más a la madre gestante, esto es la contratación de una póliza de seguro, sabiendo que las aseguradoras en nuestro país no cubren los embarazos que son resultado del apoyo de las diversas modalidades de reproducción asistida, entre ellas la maternidad subrogada, no debería de ser prescindida la idea de contratar este servicio, y en aras de lo expuesto a lo largo de este trabajo de investigación, las mismas aseguradoras no deberían de ser limitativas, pues no debe de hacerse una distinción entre las coberturas de un embarazo “natural” a uno que es por medio de la maternidad subrogada, ya que esto a todas luces debe considerarse como un acto discriminatorio.

Por último, el artículo 297 evoca a las sanciones a que son acreedores los médicos que realicen una negligencia médica al fecundar embriones, sin tener previamente el consentimiento de las partes, pues de incurrir en este acto seguramente serían acreedores a la destitución del cargo, reparación del daño y la imposición de una pena privativa de la libertad.

Para finalizar este apartado dedicado al análisis del Código Familiar del Estado de Sinaloa, en su capítulo VI, nominado “*De las pruebas de filiación*”, en su artículo 300 refiere a la filiación del menor en los casos de maternidad extramatrimonial y qué es lo que sucede cuando el menor es producto del apoyo del método de la maternidad subrogada. Dicho lo anterior, textualmente el precepto enuncia lo siguiente:

“Artículo 300. La maternidad extramatrimonial resulta del sólo hecho del nacimiento y la identidad del nacido, pero puede ser impugnada en los casos en que entre el menor y la madre no exista realmente un vínculo genético, salvo las disposiciones sobre reproducción asistida con autorización de los cónyuges.

La paternidad extramatrimonial se establece por el reconocimiento voluntario que haga de su hijo, o por una sentencia ejecutoriada que declare la paternidad a cargo del demandado.

Para justificar la filiación, son admisibles los medios de prueba biológicos, y en los juicios de intestado o de alimentos, se justificará la filiación respecto a la madre, dentro del mismo procedimiento.” (Énfasis añadido)

Del precepto en cita, es sabido que el resultado del tratamiento de la maternidad subrogada se considera como una maternidad extramatrimonial, pues la madre portadora o gestante da a luz a un hijo distinto de su cónyuge o concubino, cuando se ubica en el supuesto legal en comento.

La filiación del menor no puede ser impugnada, salvo cuando entre el menor y la madre no exista realmente un vínculo genético, caso en el cual sí están posibilitados los padres de hacerlo, pues la madre intencional puede justificar que no existe relación alguna entre la madre portadora y el bebé, debido a que hay un registro ante las autoridades de salud y judiciales sobre el proceso de la maternidad subrogada practicada.

Lo que, en aras de lo anterior, la madre portadora queda imposibilitada de impugnar la filiación del menor ante las autoridades judiciales, ya que hay un antecedente clínico y legal.

Para reforzar lo expuesto, la filiación podrá comprobarse a través de pruebas de ADN, y por cuanto hace a los juicios de intestado o alimentos, la filiación la detentará la madre en ambas controversias legales.

En suma de lo expuesto en este apartado, se puede inferir que el Congreso de Sinaloa es el segundo pionero en reconocer la práctica de la maternidad subrogada dentro de su jurisdicción, estableciendo un capítulo dedicado a la misma, esclareciendo derechos y obligaciones de las partes y las autoridades que participan en el proceso.

Si bien es cierto, Sinaloa al ser un Estado que reconoce y admite esta práctica, no es un destino concurrido para las parejas que se encuentran imposibilitadas de tener hijos a pesar de haberlo intentado por los medios necesarios.

Resulta interesante señalar que, el Grupo Parlamentario del Partido Sinaloense y la C. Díaz Quiñonez Angélica, en el mes de enero de dos mil veintitrés, han presentado una iniciativa para reformar el Código Familiar Sinaloense, por lo que hace al capítulo de la Reproducción Humana Asistida y la Gestación Subrogada, por medio de un comunicado oficial de dicho Partido, han hecho saber a la comunidad sinaloense, que su iniciativa de reforma es para que la práctica de la maternidad subrogada no sólo se habilite para las personas heterosexuales que estén casados o en concubinato, sino que también tengan derecho a este método de reproducción las parejas que no estén casados, así como a las parejas del mismo sexo.

La Diputada Viridiana Camacho Millán, ha reconocido que el abrir una posibilidad a las familias solteras y sin discriminar las preferencias sexuales, permitirá a otro sector de la comunidad a procrear a una familia, sin ser limitativos, transgresores y discriminadores, ya que es un derecho humano reconocido en el artículo 4° de la Constitución Federal.

Esta iniciativa, de ser aceptada y, posteriormente, materializada su reforma al apartado indicado, será una adaptación más a los tiempos en que nuestro país se encuentra a nivel social, cultural, político, entre otras razones, porque reconocerá los derechos humanos de quienes buscan formar su propia familia por medio de este método de reproducción.

Para concluir con este apartado, de debe decir que la legislación familiar de Sinaloa en materia de maternidad subrogada tiene semejanzas muy notorias con la legislación Civil de Tabasco, con algunas innovaciones como fue anexar las modalidades de subrogación onerosa y altruista, mismas que ya se estudiaron y se ha

llegado a la conclusión que el Congreso de Sinaloa ha perdido de vista que el objetivo de esta técnica de reproducción se ampara en el principio de altruismo a las parejas infértiles, sin que deba haber de por medio una contraprestación pecuniaria por el servicio prestado, ya que ello contraviene lo establecido por la Ley General de Salud.

Sinaloa es el segundo Estado mexicano que reconoce y acepta la práctica de la maternidad subrogada; sin embargo, lo cierto es que no hay estadísticas que permitan determinar que este procedimiento médico sea una práctica común y reiterada en dicha entidad federativa, lo que si sucede en el Estado de Tabasco, entidad que hoy día es la más visitada por quienes buscan tener hijos a través de la reproducción asistida.

A pesar de ello, el Congreso Legislativo de Sinaloa, no ha parado de estudiar las inconsistencias en el apartado de su Código Familiar respecto a la maternidad subrogada, y de esa manera mejorar su legislación para ser considerada como una alternativa para que muchas familias, sin importar su orientación sexual, estado civil, entre otras, puedan tener una oportunidad para procrear hijos a través de este método dentro de su jurisdicción.

En síntesis, se espera que en los próximos años se siga innovando esta figura jurídica en la legislación de esta entidad federativa, a fin de que se ajuste a las necesidades sociales y se cree conciencia de que la maternidad subrogada es un acto humanitario, altruista y sin fines de lucro, de no ser así, se corre el riesgo de que al no suprimir la modalidad de reproducción asistida onerosa, se entraría en la legalización de actos de comercio ilegal.

III.5 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Gozar de una salud óptima tanto física como mental, es un derecho humano reconocido mundialmente, es por ello que las Instituciones médicas se encuentran

realizando investigaciones encaminadas a alcanzar dicho objetivo, lo que ha llevado a sorprendentes avances tecnológicos en el área de la salud.

No obstante dichos avances, lo cierto es que la infertilidad sigue siendo uno de los problemas de salud más habituales que afecta a una gran parte de la población mundial, lo que obedece a diversos factores, entre ellos, la rutina diaria que lleva a las personas a vivir en constante estrés, así como la mala alimentación, el consumo de sustancias tóxicas o, en su caso, a problemas hormonales y genéticos.

Lo anterior ha provocado que se incremente cada vez más, el número de personas y parejas que buscan informarse sobre los avances médicos en materia de reproducción asistida, a fin de poder procrear su propia familia mediante las técnicas de fecundación artificial.

Sobre el particular, resulta conveniente comentar que, la Organización Mundial de la Salud, reconoce el derecho de las personas a la libre elección del número de hijos que desean tener, el momento oportuno para formar sus familias, así como el tiempo de diferencia entre un nacimiento y otro.

En el caso de México, es de hacer notar que las estadísticas nacionales han arrojado resultados alarmantes sobre los padecimientos de infertilidad en la población mexicana, lo que como es obvio vulnera la integración familiar.

Como es del conocimiento general, la nación mexicana se conforma de una amplia diversidad de grupos étnicos y culturales, cuyos integrantes están en búsqueda de la integración familiar, de ahí que además de considerar a la minoría de parejas heterosexuales, también deben tomarse en cuenta a las parejas o individuos pertenecientes a la comunidad LGBTTTIQ+, personas con un estado civil distinto al régimen conyugal (viudo, soltero, concubinato), personas que cuentan con determinadas afecciones médicas, como VIH, cáncer, entre otras, quienes también demandan del apoyo de los servicios médicos de fecundidad.

Derecho humano fundamental que se encuentra consagrado en el artículo 4° de la Constitución mexicana, del cual se deriva la obligación del Estado a brindarles, a todas y todos los mexicanos, servicios de salud dignos, siendo el objetivo que la población nacional goce de salud óptima.

Igualmente reconoce el derecho de la población mexicana a decidir el número de hijos y el espaciamiento de estos, sin dejar de lado que todo derecho conlleva una responsabilidad y ésta se sostiene en una decisión libre y responsable.

Partiendo del análisis minucioso de dicho cimiento constitucional y al no expresar de qué métodos reproductivos puede apoyarse las y los mexicanos que están impedidos para procrear, puede inferirse que los métodos de reproducción asistida son un derecho al que pueden acceder las personas para cumplir con dicho propósito, entre ellos, la maternidad subrogada, la cual se convierte en una herramienta auxiliar y necesaria para formar una familia, por lo tanto, su práctica como un derecho humano fundamental debe ser elevada a rango constitucional, y como consecuencia, reglamentarse la misma en leyes federales y locales de nuestro país.

En armonía con dicha reforma constitucional que se propone y atendiendo a que la Secretaría de Salud tiene entre sus objetivos estar a la vanguardia de los avances médicos para proporcionar a la ciudadanía la información necesaria sobre los diversos padecimientos de salubridad existentes, a ésta le debe corresponder y atender adecuadamente el problema de la infertilidad, el cual como ya se señaló se ha convertido en una de las causas de salud más habituales en nuestra población, por lo que, los servicios de planificación familiar deberán estar en permanente actualización sobre el tema objeto del presente trabajo de investigación, por lo que la citada Secretaría debe vigilar que las dependencias médicas a nivel regional difundan la información y orienten a las parejas con dificultad para procrear, brindándoles

información completa y actualizada sobre los diversos métodos de reproducción asistida.

Al respecto, resulta importante hacer notar que en nuestro país únicamente dos estados permiten la práctica legal de la maternidad subrogada, siendo Tabasco el estado pionero en reglamentar en el año 1997 su práctica, para tal efecto el Congreso tabasqueño reformó y adicionó al Libro Primero del Código, lo atinente a la maternidad subrogada.

La citada adición al Código Tabasqueño no fue recibida de firma positiva por la sociedad mexicana, pues al ser una figura donde son parte, por un lado, dos padres que están imposibilitados de procrear y, por el otro, una madre que alquila su vientre con la intención de llevar a cabo la gestación del bebé de los padres intencionales, además del bebé producto de dicho procedimiento médico, no ha sido visto como éticamente correcto, lo que ha sido motivo de constantes controversias en diversos sectores de la población, ya que las costumbres de la sociedad mexicana no están habituadas a ver este tipo de procedimientos artificiales, lo que ha motivado que intelectuales, investigadores y miembros de la población en general, se hayan manifestado a favor y en contra de la institución de la maternidad subrogada.

Al ser reconocida como legal la práctica de la maternidad subrogada en el Estado de Tabasco además de las críticas nacionales como ya se señaló anteriormente, también lo ha sido a nivel internacional, ya que la reforma a los lineamientos de la misma llevada a cabo en el año 2017 por el Congreso de Tabasco, provocó que en Foros Internacionales fuera criticada como “dura, discriminativa, injusta, racial, limitativa, transgresora”, entre otras.

Lo cierto es que falta mucho por avanzar en esta materia, que se trata de un tema que todavía debe discutirse en distintos foros y regularse jurídicamente de forma más completa e integral, que podrán seguirse presentando argumentos a favor y en

contra; sin embargo, ello no impide que se reconozca como un verdadero problema de salud pública, ya que estarse a favor o en contra, pero ello no hace invisible el hecho de que el impedimento de la procreación es un verdadero y grave problema de desintegración familiar y que es necesario atender y resolver, pues se trata de un derecho humano que no puede hacerse nugatorio por prejuicios sociales, morales o religiosos, negarlo a la larga sólo traerá consecuencias negativa y más problemas para la sociedad y para el país, de ahí que sea urgente enfrentarlo y resolverlo, para tal efecto se propone una reforma constitucional a fin de que sea obligatorio incluir en los códigos civiles de todas las entidades federativas la legalización de la maternidad subrogada, de no hacerlo así, debe tenerse claro que su prohibición en la casi totalidad del territorio nacional, sólo traerá más problemas de salud pública.

III.6 PROPUESTAS.

Llegado a este punto, es conveniente hacer propuestas sobre el derecho de las personas a ejercer la maternidad subrogada en México, esto con la finalidad de evitar prácticas abusivas de la misma, pues como se analizó a lo largo del presente trabajo de investigación, se han documentado las diversas violaciones a los derechos humanos de quienes participan en este tratamiento de reproducción asistida, debido, entre otras cosas, a que no obstante de que la Ley fundamental mexicana ha reconocido como un derecho humano fundamental el derecho procreacional que tienen las parejas para formar una familia, esto no es acatado en la práctica, salvo en los estados de Tabasco y Sinaloa.

Por ende, en la actualidad han surgido constantes lagunas jurídicas y debates sobre el tema en cuestión, y para ilustrarlo mejor, basta con la legislación civil del Estado de Tabasco y su posterior reforma, lo que le ha traído duras críticas a sus legisladores, cuestión que se reproduce para el Estado de Sinaloa, en donde sus legisladores decidieron establecer dos modalidades aplicables a la reproducción asistida, una de

carácter gratuito, como debe de ser y, otra, de carácter onerosa, condicionándola a una contraprestación económica en favor de la mujer gestante.

Lo anterior, llevó a la autora del presente trabajo de investigación a arribar a la necesidad de hacer diversas propuestas sobre el tema objeto de la tesis que se elabora, considerando como las más importantes, en primer plano, la de proponer la modificación al artículo 4° constitucional, en sus párrafos primero y segundo, a efecto de que se institucionalice en todo el país la reproducción asistida en la modalidad de maternidad subrogada, definiendo a la familia como el núcleo social, compuesto por vínculos morales o jurídicos; y en segundo plano, establecer el derecho a que los hijos nacidos por medios reproductivos naturales o en apoyo de algún método de reproducción asistida, sea inseminación artificial, fecundación in vitro, adopción de embriones, maternidad subrogada o gestación por sustitución, se les reconozcan los mismos derechos que a los hijos nacidos por métodos naturales; asimismo, que quede salvaguardada la integridad de quienes ejerzan sus derechos reproductivos, por lo que hace a la práctica de las técnicas de reproducción asistida; razón por la cual se propone que el artículo 4° de Constitución Federal, sea reformada en los términos siguientes:

*“Artículo 4o.- La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia, **siendo el núcleo social, compuesto por vínculos morales o jurídicos.***

*Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. **Dado lo anterior, los hijos nacidos por medios reproductivos naturales o en apoyo de algún método de reproducción asistida, sea inseminación artificial, fecundación in vitro, adopción de embriones, maternidad subrogada o gestación por sustitución, tendrán igualdad de derechos y obligaciones. Así pues, esta***

Constitución y las leyes que emanan de esta, tendrán como objetivo salvaguardar la integridad de quienes ejerzan sus derechos reproductivos, por lo que hace a la práctica de las técnicas de reproducción asistida. De igual forma, las Instituciones de Salud están sujetos a brindar la información detallada del procedimiento, dando como consecuencia el consentimiento de las partes.”

Las anteriores propuestas, tienen como elevar a nivel constitucional la práctica de la maternidad subrogada, pues es un derecho que está reconocido para aquellas familias que se ven impedidas para procrear. De no darle la prominencia a esta figura, continuaremos a nivel social y jurídico como hasta ahora, con leyes transgresoras de los derechos humanos de las personas que por razones biológicas se encuentran impedidas de tener hijos, lo que impactará en perjuicio de quienes se ven en la necesidad de recurrir a esta práctica, la cual al no encontrarse debidamente regulada por el legislador seguirá provocando como hasta ahora lo ha hecho, el que se siga realizando ilícitamente y continúe funcionando como un negocio al margen de la ley en manos de personas que se dediquen a lucrar en su beneficio y en perjuicio de quienes participen en este tipo de procedimiento de procreación, especialmente ejerciendo la explotación corpórea de la madre gestante, así como coerción y discriminación a los partícipes de esta técnica de reproducción artificial.

Es por ello, que el Congreso de la Unión está obligado a poner mayor atención al realizar su tarea legislativa, a fin de que los proyectos de ley o de decretos de reformas legislativas en materia de reproducción asistida sean elaborados cuidadosamente y siempre tengan como propósito salvaguardar el interés superior de las familias, pero sobre todo de los menores que sean procreados a través del método de reproducción asistida, cuidando que se encuentren en armonía con los tratados en

materia de derechos humanos reconocidos por las diversas organizaciones mundiales; asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación deberá atraer y resolver los casos donde han sido violentados los derechos de las personas que son parte en dichos procedimientos de maternidad subrogada, pues su responsabilidad es la protección del orden establecido en la Constitución, debiendo en todo caso hacer las reformas que sean necesarias para dotarla de facultades sobre la solución de los casos mencionados.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. La infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad por la Organización Mundial de la Salud (OMS). La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha establecido que aquellos individuos que se duelen de este padecimiento son considerados como personas con discapacidad y por lo tanto, deben ser protegidos sus derechos para el libre acceso a las Técnicas de Reproducción Asistida con la finalidad de dar solución a sus problemas de salud reproductiva.

SEGUNDA. Este padecimiento, aqueja tanto a hombres como a mujeres que se encuentran en la plenitud de edad fértil, pero tienen dificultades para procrear. Las causas que la provocan son diversas, como son llevar una vida apresurada, mala alimentación, consumo de sustancias de manera excesiva; o bien, problemas hormonales o genéticos, factores por los cuales muchas parejas se ven obligadas a apoyarse de las Técnicas de Reproducción Asistida.

TERCERA. Las Técnicas de Reproducción Asistida han representado el avance más significativo en el área tecnológico y médico, sin embargo, en México persisten prejuicios de carácter moral, social y de costumbres que inciden sobre las parejas que optan por este tipo de procesos médicos, es por eso que, hasta la fecha únicamente dos estados de la República mexicana admiten esta modalidad de reproducción, como es el caso de los estados de Tabasco y Sinaloa.

CUARTA. Los métodos de Reproducción Asistida tienen diversas clasificaciones, entre las que se encuentra la maternidad subrogada o gestación por sustitución.

QUINTA. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce, entre otros derechos, el bienestar físico y mental de los gobernados, así la afirmación de los valores que coadyuvan a la creación, conservación y disfrute de las condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social de las personas, los cuales tienen sustento en la familia. Es por ello que, en el artículo 4° Constitucional, se encuentra el fundamento constitucional para reglamentar la maternidad subrogada como un derecho que debe de ser reconocido y reglamentado en las leyes federales y locales de salud, dando un especial reconocimiento a este derecho humano, conocido como la libertad de procreación. El citado numeral constitucional, brinda a sus gobernados la libertad de decidir de manera responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, concediéndoles la protección máxima para lograr el bienestar físico y mental.

SEXTA. El artículo 1° constitucional en su último párrafo, regula el derecho a la no discriminación, en este caso, a aquella que es motivada por discapacidades, ello implica que no puede limitarse a aquellas parejas que se ubican en este supuesto, por un dictamen médico que acredita su incapacidad para procrear y que por ello puede optar por el método de la maternidad subrogada.

SÉPTIMA. El artículo 1° constitucional prohíbe la discriminación motivada por las preferencias sexuales, lo que garantiza que hoy día se conozca como familia, la que está conformada por parejas del mismo sexo, por lo que es habitual ver familias heterosexuales o en su caso formadas por individuos parte de la comunidad LGBTTTIQ+. De ahí que, de estas uniones, que se encuentren imposibilitadas para procrear, a quienes el marco jurídico vigente debe garantizarles el derecho a recurrir a la maternidad subrogada a fin estén en posibilidades de formar sus propias familias, tarea trascendental que tienen que cumplir los legisladores federales y locales a fin de

armonizar el sistema jurídico nacional para hacer realidad este importante derecho humano.

OCTAVA. Es necesario elevar a rango constitucional la práctica de la maternidad subrogada y como ya se señaló, el Congreso de la Unión debe actualizar el marco jurídico vigente en la materia, a fin de garantizar la praxis de las técnicas de reproducción asistida, en apego a los derechos humanos y en conformidad con los tratados internacionales de los que México es parte.

Lo anterior, a fin de evitar que las legislaciones locales, sean contradictorias y que este proceso de fertilización artificial siga siendo en muchos de los casos un asunto discriminatorio, de explotación o venta de menores de edad.

BIBLIOGRAFÍA.

- ❖ ÁVILA HERNÁNDEZ, C. J. (2017). “La maternidad subrogada en el Derecho comparado”. Revista Cadernos de Dereito Actual No. 6, España, Editorial: Asociación Xuristas en Acción, pág. 328. Consultado el 10 de octubre de 2019 Disponible en: <https://accedacris.ulpgc.es/handle/10553/40825#:~:text=Cadernos%20De%20Dereito%20Actual%20Resumen%3A%20El%20presente%20trabajo,modalidad%20y%20las%20consecuencias%20derivadas%20de%20su%20pr%C3%A1ctica.>
- ❖ Bejarano, N. (2015). “Inseminación Post Mortem: Derecho comparado Colombia-España”. Research Gate. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/301360500_Inseminacion_Post_Mortem_Derecho_comparado_Colombia-Espana_-_BEJARANO_Nelson_2015
- ❖ CUÉ BRISEÑO, B. E. (2016). “Maternidad Subrogada” (Tesis de licenciatura). Universidad Panamericana, Facultad de Derecho, Ciudad de México, pág. 111.
- ❖ Delgado Calva, A. S. (2015). “La Maternidad Subrogada: un Derecho a la Reproducción Humana a 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, pág. 13.
- ❖ GAMBOA MONTEJANO CLAUDIA (2010). “Maternidad Subrogada: Estudio teórico conceptual y de Derecho Comparado” (Primera parte), Dirección de Servicios de Investigación y Análisis. Subdirección de Política Interior, pp. 20-22
- ❖ GUZMÁN ÁVALOS, A., 2007, “La subrogación de la maternidad”, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Puebla, núm. 20

- ❖ HERRERA CAMPOS, R. (1991). “La inseminación artificial. Aspectos doctrinales y regulación legal española” (Capítulo II, p. 61). Granada: Universidad de Granada.
- ❖ KEANE, N., & BREO, D. (1981). The surrogate mother. Everest House Publishers..
- ❖ LAMM, E. (2013). “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, pág. 24.
- ❖ LEONSEGUI GUILLOT, R. A. (1994). “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, N.º 7, pág. 321.
- ❖ Real Academia Española. (2019). Maternidad. En Diccionario de la Lengua Española. Consultado el 01 de octubre de 2019. Disponible en: <https://dle.rae.es/maternidad>.
- ❖ Secretaría de Salud. (2022). Centro Nacional de Equidad de Género y Salud Reproductiva. Disponible en: <https://www.gob.mx/salud/documentos/cen?state=published>
- ❖ Senado de la República. (2019). Gaceta de la Comisión Permanente del Senado de la República. Disponible en: https://www.senado.gob.mx/65/gaceta_comision_permanente/documento/35481
- ❖ Sociedades Bíblicas Unidas. (2004). La Santa Biblia. Brasil.
- ❖ VELA SÁNCHEZ, A. J. (2011). “La gestación de sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”. Diario LA LEY, núm. 7608, Sección Doctrina, pp. 1-15.

LEGISLACIONES.

- ❖ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- ❖ Ley General de Salud.
- ❖ Código Civil del Estado de Tabasco.
- ❖ Código Familiar del Estado de Sinaloa.
- ❖ Jurisprudencia Argentina. (1989). IV.
- ❖ Código Civil de la República Argentina. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_de_la_republica_argentina.pdf
- ❖ Código Civil de Colombia. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Colombia.pdf
- ❖ Senado de la República de Colombia. Proyecto de Ley No. 070 de 2018 Senado Maternidad Subrogada. Bogotá, Colombia. Disponible en: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2018%20-%202019/PL%20070-18%20Maternidad%20Subrogada.pdf>

MARCO CONTEXTUAL

- ❖ Animal Político. “Tabasco registra a menores nacidos por subrogación”. Disponible en <https://www.animalpolitico.com/2017/02/tabasco-registro-menores-subrogada/>
- ❖ Babygest. Subrogación. Disponible en: <https://babygest.com/es/gestacion-subrogada/>

- ❖ BBC News Mundo. Gestación subrogada; la mujer que dio a luz a su propia nieta para ayudar a su hijo gay a ser padre. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-47799638>
- ❖ El Sol de Sinaloa. “Vientres subrogados: una opción legal poco recurrida”. Disponible en: <https://www.elsoldesinaloa.com.mx/local/vientres-subrogados-una-opcion-legal-poco-recurrida-6552169.html>
- ❖ MVS Noticias. Negocio de vientres de alquiler abusa de pobreza de mujeres: feministas. Disponible en: <https://mvsnoticias.com/nacional/2022/3/7/negocio-de-vientres-de-alquiler-abusa-de-pobreza-de-mujeres-feministas-545033.html>.
- ❖ Noticieros Televisa, “Extranjeros que contrataron a madres sustitutas en Tabasco violaron la ley, según autoridades: entrevista a Juan José Peralta Fócil”. Disponible en <http://noticieros.televisa.com/videos/extranjeros-que-contrataronmadres-sustitutas-tabasco-violaron-ley-autoridades/>
- ❖ Organización Mundial de la Salud. Infertilidad. Disponible en: https://www.who.int/es/health-topics/infertility#tab=tab_1
- ❖ SCRCIVF. Historia de la gestación subrogada. Disponible en <https://scrcivf.es/blog/historia-de-la-gestacion-subrogada/>.
- ❖ Seguros GNP. Pólizas Premium, Platino y Flexible. Disponible en: <https://storage.googleapis.com/staticportalcorporativo.gnp.com.mx/pdf/2020/Dinamica/Premium%2CPlatino%20y%20Flexible.pdf>
- ❖ Surrogacy.ru. Surrogacy in Russia and abroad. Disponible en: https://surrogacy.ru/es/surrogacy/surrogacy_russia_abroad/
- ❖ The New York Times. “Las nuevas restricciones a la gestación subrogada en México dejan a decenas de familias en el limbo”. Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2017/03/27/espanol/america-latina/las-nuevas-restricciones-a-la-gestacion-subrogada-en-mexico-dejan-a-decenas-de-familias-en-el-limbo.html>

- ❖ Transparencia Sinaloa. “De la reproducción humana asistida y la gestación subrogada”. Disponible en:
http://www.transparenciasinaloa.gob.mx/images/stories/sss/DE_LA_REPRODUCCION_HUMANA_ASISTIDA_Y_LA_GESTACION_SUBROGADA.pdf