

Capítulo 7

Los nuevos esquemas jurídicos de la familia

Salvador Legazpi Sánchez¹

Angélica Jesús Ceceña Altamirano²

Alicia Livier Estrada Gutierrez³

<https://doi.org/10.61728/AE20255824>



¹ Departamento de Derecho Privado/CUCSH/Universidad de Guadalajara, CE: salvador.legaspi@academicos.udg.mx, <https://orcid.org/0009-0008-2077-5563>.

² Departamento de Derecho Público/CUCSH/Universidad de Guadalajara, CE: lexangelica@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-3175-5302>.

³ Departamento de Derecho Privado/ CUCSH/ Universidad de Guadalajara, CE: alicia.estrada@academicos.udg.mx, <https://orcid.org/0009-0006-7310-8911>.

Resumen.

La filiación por solidaridad humana: este concepto sugiere un tipo de relación familiar o parental basada en el apoyo y la convivencia, más allá de la biología o la adopción formal; la filiación hace referencia al vínculo jurídico que une a una persona con sus progenitores o con quienes legalmente ejercen la paternidad o maternidad. De ello, la investigación que se realiza sobre la maternidad subrogada aborda diversas metodologías adecuadas para la investigación. En primer lugar, se utilizó una metodología cualitativa en la cual se estudió el fenómeno social y humanista desde una perspectiva histórica y profunda; se recopilaron datos y se analizaron. De la interpretación de resultados se obtuvo una comprensión profunda de la maternidad subrogada, para generar una propuesta.

Introducción.

Toda persona desde nacimiento tiene derechos intrínsecos por el simple hecho de ser humano. Derecho a la salud, educación, a un hogar y a una familia. Esta última le va a otorgar a niños y niñas las oportunidades para desarrollarse en un ambiente donde se vele por su salud, bienestar físico y mental.

Los padres, en el seno de la familia, tienen el deber de procurar el bienestar y sano desarrollo de sus hijos (as), otorgándoles: “una vida digna y de autorrealización, alejada de conductas de violencia familiar, generando en su favor un ambiente que permita potenciar sus capacidades y enfrentar sus carencias”. (Calvillo, S. y Gallart, R., 2021, p. 237).

En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que “los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas” (Artículo 3.2).

De acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948. Artículo 16.3) “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

También la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989 – Preámbulo) reconoce que: “La familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”.

El derecho a una familia está reconocido en el artículo 4o. constitucional: “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”.

En la Constitución Política del estado de Zacatecas, se reconoce que “las autoridades estatales y municipales colaborarán con la familia en la adopción de medidas para propiciar el desarrollo físico y mental de la población infantil y de la juventud...”. (Artículo 25, párr. 3).

En este sentido, los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales reconocen los derechos y obligaciones que se crean entre padre, madre e hijos(as) al momento de formar una familia. Esta relación jurídicamente se reconoce como filiación, la cual se define como “la relación de derecho que existe entre progenitor e hijo” (Rojina, 1949, p. 265). También puede entenderse como:

El vínculo jurídico que existe entre dos personas en la que una desciende de la otra, lo que puede darse como consecuencia de hechos biológicos y/o de actos jurídicos como la adopción... Este vínculo se refiere al que existe entre padres e hijos... Como consecuencia de este vínculo, la ley reconoce derechos y obligaciones —cabe añadir facultades— para las personas unidas por las relaciones filiales —por ejemplo, la patria potestad—. (Calvillo, S. y Gallart, R., 2021, p. 258).

La filiación, de acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), tiene efectos jurídicos, los cuales generan deberes, obligaciones y derechos entre padres e hijos(as), destacándose el nombre, el trato y la reputación. El derecho del hijo de llevar el apellido (paterno o materno) de sus progenitores o de otra persona. El trato: “Es el comportamiento

que el progenitor presenta respecto del hijo; es decir, que el padre o la madre y el hijo se comportan en las relaciones de la vida como tales, tanto en el ejercicio de la autoridad paterna y la denominación de hijo, como en la convivencia y compañía, alimentos y educación”. Finalmente, la fama implica el conocimiento público de la situación, que reconoce al hijo como de un determinado padre (Suprema Corte de Justicia de la Nación -SCJN-, Amparo 18/2020, p. 60).

Estas características identifican la posesión del estado de hijo, es decir, son los hechos que indican un “reconocimiento de hecho” o “reconocimiento tácito” de la relación paterno-filial, ya que, si bien la voluntad de tener al hijo no se manifiesta con palabras escritas, sí se evidencia con una conducta permanente, reveladora de que ha sido el designio del padre o de la madre” (p. 61) para prestar atención, cuidado y compañía al hijo(a). Estas circunstancias acreditan la responsabilidad que existe dentro de esta relación, aun cuando no haya de por medio un título justificativo, como puede ser un acta de nacimiento (ídem).

1. Tipos de filiación

En este sentido, se reconoce la existencia de diferentes tipos de filiación. Menciona Zanoni lo siguiente: “Proviene del latín *filius*, hijo- *filiatio*, ónis sintetiza el conjunto de relaciones normadas, que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia” (Zannoni, 1981, pág. 247). Es, pues, el lazo que une al progenitor con el hijo; este lazo conlleva un conjunto de derechos y obligaciones que nacen producto de ese vínculo, que otorga la paternidad y la maternidad.

La filiación está estrechamente vinculada con el parentesco, reconociéndose en nuestra legislación. La Suprema Corte de Justicia de la Nación las clasifica de la siguiente manera:

Filiación consanguínea, la cual puede ser matrimonial o extramatrimonial. La primera es: “la relativa a hijos concebidos por una pareja unida en matrimonio, de modo que puede conceptuarse como el nexo jurídico que une al hijo con sus progenitores, entre quienes existe un vínculo conyugal” (SCJN, 2012, p. 6). La extramatrimonial: “es la relativa a

los hijos habidos fuera de matrimonio, esto es, aquellos que han sido engendrados por personas no casadas entre sí” (p. 7).

Filiación civil, la cual se divide en asistida y adoptiva: La adoptiva surge en el caso de adopción, en virtud del cual una persona, a la que se le conoce como adoptante, recibe como hijo(a) a otra, denominada adoptado, entre quienes surgen relaciones análogas a las que resultan de la filiación y la paternidad. Al generar la adopción, al igual que la filiación consanguínea, se asumen los derechos y deberes que establece la ley entre padres e hijos(as) (p. 52).

Estos derechos y obligaciones de los padres con los hijos se definen como patria potestad. La patria potestad la reciben los padres en el momento de nacer el hijo; si este es extramatrimonial, en cuanto lo reconocen.

Se pierde la potestad sobre el menor por incumplir los deberes inherentes a ella, como consecuencia de una condena penal, o de la separación, disolución o nulidad del matrimonio. Se extingue por alcanzar el hijo la mayoría de edad o por la emancipación (Benítez, 2004, p. 10).

Actualmente, en nuestro derecho, la patria potestad se regula en el Código Civil y, en algunos casos, en códigos de derecho familiar, sin mencionar que estamos ante la entrada en vigor del Código de Familia a nivel nacional. En su concepción más llana, es el conjunto de derechos que la ley confiere a los ascendientes directos sobre las personas y bienes de sus hijos no emancipados, así como el conjunto de deberes que, al mismo tiempo, deben cumplir los progenitores respecto de sus descendientes.

La asistida: “constituye el conjunto de tecnologías y de procedimientos médicos perfeccionados, para resolver problemas originados primordialmente en la infertilidad, tal como en el caso lo es la adopción de embriones” (SCJN, Amparo 18/2020, p. 52).

Asimismo, el máximo órgano de justicia en nuestro país reconoce la filiación derivada de la realidad social. Es una filiación jurídica que se genera por el reconocimiento de un hijo(a) en una unión homoparental, en la cual el hijo(a) de una mujer puede ser reconocido voluntariamente en su acta de nacimiento, y que posibilitará el desarrollo del menor, sin tener un vínculo genético con el hijo(a) de su pareja, teniendo el propósito de crear una relación filial con él para el ejercicio de la comaternidad (p. 56).

2. Analisis

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece que:

Debe abandonarse la idea de que la filiación se genera única y exclusivamente derivada del fenómeno biológico de la procreación o de un acto jurídico reconocido por la norma, como es la adoptiva o la reproducción asistida a través de los métodos y procedimientos científicos que buscan facilitar la procreación, sino que debe reconocerse la filiación por solidaridad humana, la cual se genera, cuando derivado de una situación de hecho se propicia una de derecho, verbigracia, cuando una persona tiene en posesión del estado de hijo a un menor de edad y, posteriormente, por voluntad propia, en atención a la solidaridad humana, genera un acto jurídico a fin de producir un complejo de deberes, obligaciones, derechos y facultades entre ellos (p. 63) (Énfasis en negritas añadido).

Es así como la SCJN, a través de la resolución dictada en el amparo 18/2020, reconoce la filiación por solidaridad humana, entendida como el hecho por el cual “una persona asume, de forma voluntaria, el rol de padre o madre para integrar a otra a su núcleo familiar, justificado en el espectro circunstancial de la solidaridad humana, entendida como la conciencia y compromiso del ser humano por alcanzar el bien común, esto es, el bien de todas las personas, especialmente de las menos favorecidas” (p. 62).

La voluntad puede manifestarse ante circunstancias diversas, tales como el abandono de los padres, la incapacidad o muerte de ellos, entre otras, por la cual una persona decide hacer en posesión de hijo(a) a un menor de edad. Esta decisión genera un acto jurídico que propicia para ambos deberes, derechos y obligaciones en el aspecto familiar, con el carácter de ascendiente y descendiente.

Es así como el principio de solidaridad humana puede constituir determinados tipos de derechos filiatorios, los cuales surgen de la sola expresión de fraternidad o asistencia en auxilio de los más desfavorecidos, a pesar de la ausencia de vínculo biológico entre las partes (p. 59). Adicionalmente, la SCJN reconoce el deber y la obligación de proteger las identidades filiatorias consolidadas, así como proteger los valores relacionados con la estabilidad de la familia.

Se entiende por infertilidad la imposibilidad de una pareja de lograr un embarazo después de un año de vida sexual activa, sin uso de métodos anticonceptivos y/o la imposibilidad de lograr un embarazo de término dando a luz un niño vivo (Palacios y Jadresic, 2000).

Los efectos emocionales que provoca, sobre todo en la mujer, el no poder concebir hijos ha estado en el debate público. Se llega a caracterizar como una etapa de crisis cuando les es dada la noticia de que difícilmente un embrión podrá desarrollarse con normalidad en su útero.

Hay mujeres que asocian la maternidad como la etapa siguiente a contraer matrimonio, fundar una familia con su actual pareja resulta muy significativo e importante para ellas, este aspecto es también fundamental en el futuro de una relación de pareja, ya que es una noticia que genera decepción y muchos planes en común pueden verse afectados ante la nula posibilidad de lograr ser padres, en consecuencia, pueden decidir terminar la relación porque los exámenes de fertilidad no suelen ser tomados en cuenta cuando se escoge una pareja y deciden unir sus vidas, es pues, una duda o una situación que no se conoce hasta que después de varios intentos, la mujer no puede lograr un embarazo exitoso; ante los difíciles y tardados procesos de adopción, eligen de común acuerdo intentar por medio de la ciencia y tecnología, concebir un hijo propio con la ayuda de un tercero.

Peralta (2008) menciona que la subrogación es un acto jurídico por el cual una mujer tiene un compromiso con otra, para llevar en su vientre una criatura, la cual es fertilizada de manera extracorporal, para entregárselo después del parto.

Resulta necesario plantearse que, ante la escasa producción legislativa en nuestro país, y que en ciertos lugares está prohibida esta práctica, lo cierto es que, ante la necesidad de cumplir con su proyecto de vida, las parejas optarán por ir a un lugar donde esté permitido y donde puedan llevar a cabo este procedimiento.

Lamm argumenta que debe recurrirse al principio de igualdad y no discriminación para argumentar en favor de la regulación y admisión de la maternidad subrogada, ya que es la única opción que tiene una pareja formada por dos varones de tener un hijo genéticamente propio (Palacios y Jadresic, 2000).

En algunas entidades federativas del país, como por ejemplo el Código Familiar del Estado de Sinaloa, tiene un capítulo sobre: “Reproducción Humana Asistida y Gestación Subrogada”. Define a la reproducción humana asistida; permite el uso de las TRHA únicamente en parejas unidas en matrimonio o concubinato. Define a la maternidad subrogada de la siguiente forma: “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”.

Respecto a la mujer gestante, la ley establece que la mujer embarazada debe ser madre entre 25 y 35 años, tener al menos un hijo con sangre sana, estar física y mentalmente sana y contar con su consentimiento. Además, no debe ser adicto al alcohol, drogas, cigarrillos u otras sustancias.

Es entonces implica una opción a tomar una decisión de manera terminante por la pareja, sin embargo como en líneas anteriores lo hemos mencionado, existen diversas interrogantes que se encuentran dentro de una laguna legal, es pues un tema del que no se está regulado de forma completa y sobre todo suficiente, ya que se corre el riesgo de que se caiga en situaciones que por estar en duda de cómo se debe actuar, terminen acudiendo las partes involucradas a los tribunales, a ejercer derechos provenientes de cláusulas obscuras o de normas que no son lo suficientemente claras o que no permiten, a partir de una interpretación sistemática, deducir legítimamente los derechos, obligaciones, y consecuencias, que deriven del contrato de gestación subrogada firmado por las partes.

Algunas de estas preguntas pueden ser: ¿qué sucede si el matrimonio o pareja decide terminar la relación durante el embarazo de la mujer que accedió a gestar a su hijo?, ¿qué sucede si hay un “arrepentimiento” y la pareja que solicitó el procedimiento de reproducción asistida ya no quiere al niño? O que este bebé, durante el embarazo, padezca alguna anomalía y la pareja quiera que se aborte y, por las creencias de la mujer gestante o por las consecuencias o complicaciones que pudiera tener un aborto, esta se niegue a ello.

Una mejor regulación permitirá que estas preguntas y más puedan ser respondidas; así también, incluso sea claro el número de contratos

que se realizan bajo este objeto, puesto que no hay transparencia sobre ellos; los contratos se realizan en privado.

3. Métodos de reproducción asistida

Dentro de los Principales antecedentes, tenemos en particular, en Europa en los años 70 del siglo XX, cuando nació el primer niño a base de un procedimiento experimental denominado fertilización in vitro (FIV):

Hace 40 años, Patrick Steptoe, Robert Edwards y Jean Purdy lograron el primer nacimiento humano mediante fertilización in vitro (FIV). La FIV es una de las tecnologías transformadoras del siglo XX, diseñada para ayudar a la concepción humana e involucra cuatro aspectos principales: 1. Adquisición de un número suficiente de ovocitos mitótica y citoplasmáticamente maduros; 2. Fertilización de estos ovocitos maduros in vitro; 3. Cultivo de los embriones antes de ser implantados; 4. Transferencia embrionaria dentro del útero materno. La historia de la colaboración de Steptoe y Edwards en sus primeros años fue de decepción y fracasos, llegándose a culminar con éxito después de un total de 102 transferencias de embriones fallidas con el nacimiento de una niña llamada Louise Brown. Debido a este éxito obtenido, Robert Edwards, en el 2010, recibió el Premio Nobel de Fisiología o Medicina por el desarrollo de la FIV más transferencia de embriones (FIV / TE). Su trabajo dio como resultado el nacimiento del primer bebé «probeta» en julio de 1978. Ahora, más de cuatro millones de bebés han nacido empleando FIV / TE, y se ha creado una alta especialidad médica denominada Biología de la Reproducción, que se encarga de la fertilización asistida. (Mata y amp; Vázquez-Zapién, 2018)

Los métodos de reproducción asistida se pueden llevar a cabo si se aporta el material genético propio o por donantes. Los gametos donados son llevados a bancos de espermatozoides donde están en conservación a baja temperatura, con la finalidad de que les sean proporcionados a las personas que requieran el espermatozoides; por ello, se emplea el frío para su conservación, denominado criopreservación, desde la década de los 70 del siglo XX y se ha observado que el semen se conserva con mayor facilidad que los

óvulos, pues aunque el óvulo admite la críoconservación, su viabilidad es muy débil (Escobar, 2007). En cambio, en la mujer, la donación de óvulos es la entrega anónima, altruista y desinteresada de óvulos de una mujer a otra, con el fin de que esta última pueda tener un hijo (Clínica, 2017). El óvulo también puede ser de la propia madre portadora, extraído previamente para ser fecundado mediante práctica in vitro, o de otra mujer.

- Una vez obtenido el material hereditario, se procede a hacer la unión entre el espermatozoide y el óvulo, una técnica que se emplea para sustituir la forma natural de fecundación que proviene a causa de la relación sexual. Dentro de las técnicas de reproducción asistida se encuentran la inseminación artificial, la fecundación in vitro y el vientre subrogado.

La inseminación artificial se logra por medios distintos a la relación sexual, introduciendo una cánula en el aparato reproductor femenino. Hay dos tipos: la IAC, cuando el semen proviene del cónyuge o compañero. La IAD, cuando procede de un donante distinto al cónyuge o compañero. Estas técnicas por lo general se utilizan para tratar problemas de esterilidad masculina. En su versión IAD, suele ser más exitosa (un 60 %); en los casos de IAC, el porcentaje de embarazos es del 25 %. (Montes, 2004).

- La fecundación in vitro es un procedimiento médico especializado que permite la fecundación de un óvulo fuera del cuerpo de la mujer y posteriormente su reimplante en el útero. A ambos procedimientos se les conoce como FIVET, f “in vitro” con transferencia de embriones. El procedimiento se inicia con un estudio anátomo-fisiológico completo de los pacientes para determinar la existencia de un problema real de infertilidad. La FIV consta de varias etapas:
- Tratamiento hormonal de la mujer para inducir la producción de múltiples óvulos.
- Recuperación del ovocito por vía vaginal.
- Fecundación “in vitro”: se depositan en un recipiente que simula el medioambiente de cultivo natural. La fertilización se efectúa seis horas después de recogidos los óvulos para completar su maduración. Veinticuatro horas después de la fecundación, se trasladan a otro recipiente de cultivo para que inicie la etapa de división mitótica o

desarrollo embrional.

- Transferencia de embriones fecundados al útero de la mujer: Se realiza entre treinta y seis y cincuenta horas después de la fertilización, cuando el embrión posee ocho células (Montes, 2004).

Este método de reproducción asistida consiste en unir al espermatozoide con el óvulo en un laboratorio. El óvulo de la mujer es extraído y se coloca en una placa de vidrio, donde se le añade el fluido del semen de un hombre, obtenido por medio de la masturbación en el laboratorio. Si la fecundación sale como se espera, en dicha placa ya hay un nuevo ser; es entonces que se implanta el óvulo fecundado en el útero de la mujer que quiere ser madre o, en su defecto, en una mujer que aceptó alquilar su vientre.

El tercer método de reproducción asistida es la gestación subrogada, el tema central de este capítulo.

4. La gestación subrogada

La expresión “subrogada” significa, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra (RAE, 2005). Se habla de una sustitución de una persona por otra; en este caso, la madre gestante es la que subroga en la procreación a la madre legal o biológica. Puede darse en tres supuestos diferentes, pero que conllevan al mismo fin: entregar al bebé después del alumbramiento. Entonces, se puede decir que la gestación subrogada: “(...) consiste en que una mujer lleva en su cuerpo implantado un embrión hasta el nacimiento, para el beneficio de otra mujer o pareja. Puede llevarse a efecto por diferentes combinaciones. La mujer que contrata a otra portadora puede ser la madre genética si pone el óvulo, pero puede no contribuir con elemento genético alguno para la gestación de la madre suplente.”

Dicha técnica tiene lugar cuando la mujer que desea tener un hijo concierne con otra que lo gaste, bien con su propio óvulo o con el de la gestante, o con el de una tercera mujer, para, una vez dado a luz, renunciar a la filiación materna y entregárselo a la contratada. En el primer supuesto, hay una madre genética que es la que desea el hijo, y una madre

gestante que se presta a engendrarlo para, posterior al alumbramiento, entregarlo a la primera. En el segundo caso, existe una madre genética que paralelamente es gestante y una mujer que quiere ser madre legal. En el tercer supuesto, existe la madre gestante, la madre genética que aporta el óvulo y la mujer que pretende ser madre legal (Centella, 2018, página 33).

Es entonces que la gestación subrogada es aquella práctica de reproducción en la que una mujer acepta someterse a un procedimiento médico, por el cual se obliga a albergar en su vientre a un nuevo ser. La portadora gestará un embrión producto de una fecundación *in vitro*; este será hijo de otra persona, la cual, por motivos de esterilidad de una pareja o una de ellas, concretando por medio de las cláusulas de un contrato los lineamientos, deberes y cuidados que tendrá la madre gestante durante el embarazo, llevándose a cabo por medio de la fecundación artificial, y una vez que haya nacido el bebé, la madre gestante se obliga a entregarlo a la pareja con la que contrató.

Para lograr lo anterior, se deben considerar diversos factores para que la mujer que se someta a este procedimiento goce de buena salud física y mental, puesto que llevar un embarazo de forma ordinaria no es nada sencillo; ahora, este siempre tiene efectos en la salud mental de la madre durante todo el embarazo, aunado a los cambios físicos que va a experimentar durante los 9 meses de embarazo.

Debe tratarse de una mujer joven, pero que su cuerpo ya haya experimentado los cambios biológicos necesarios para albergar una vida dentro de ella. Los chequeos constantes durante el embarazo permiten advertir cualquier cambio que se suscite durante el proceso de gestación. La mujer debe estar consciente de los riesgos que implica todo embarazo; por ello debe tener la madurez necesaria para, en dado momento, sobrellevar los diversos cambios hormonales que su cuerpo experimente, y llegado el momento, debe estar preparada para saber que cuando dé a luz al bebé, este será entregado a sus padres legales, aceptando así la separación entre ella y el hijo.

Dicho lo anterior, no se trata de una práctica sencilla; es de hecho una figura compleja de regular, ya que están sometidas a ella cuestiones morales, y estas se van a abrir a discusión con el derecho, puesto que,

¿qué sucede si la madre gestante en el momento del parto se arrepiente de entregar al bebé?, ¿tiene derecho a arrepentirse dado el vínculo que la unió durante 9 meses al bebé? Puede ser que no haya aportado el óvulo, pero estamos hablando de que dicho ser estuvo viviendo en ella, que hubo estos episodios de “pataditas” en su vientre y que sintió y sufrió cada etapa de embarazo.

Entonces, no se trata de una situación sencilla de manejar; estas son solo algunas interrogantes que pueden surgir en el contrato de gestación subrogada, hay muchas más. Por ejemplo, se puede contratar a cambio de un pago, es decir, la madre gestante recibirá una remuneración al final de la entrega del recién nacido. ¿Cómo se hará la cuantificación de dicho pago? Es cierto que es la pareja quien normalmente se compromete a pagar los gastos que del embarazo se produzcan, pero, ¿qué sucede si por negligencia de la madre gestante se pierde el producto?, ¿cómo se cuantifican los daños y perjuicios que derivaron de tales descuidos de su parte? Es, pues, una situación compleja.

Esta práctica constituye una oportunidad única para todas aquellas parejas que desean la noble aspiración de convertirse en padres, y que por ciertos factores no les es posible engendrar un hijo, por lo que acuden a esta práctica auxiliar de reproducción para ver sus deseos de tener un hijo propio realizados.

5. Controversia y legislación

Diversas legislaciones se han pronunciado sobre este tipo de reproducción asistida, pues conlleva abordar diferentes problemas en el ámbito legal, en el tema de salud y lleva también una cuestión moral, pues hay situaciones con respecto a este tema que generan controversia:

(...) los contratos de maternidad subrogada han sido criticados y rechazados al considerarse que: a) envuelven el riesgo de que la madre subrogada sufra daños o secuelas de tipo físico o psicológico, b) desconocen el derecho de la madre subrogada a arrepentirse de renunciar a los derechos de custodia sobre el recién nacido, c) son instrumentos para la explotación femenina, y d) promueven la venta de recién nacidos. (Rodríguez y Martínez, 2012, 2.5. Las

leyes que regulan la celebración de los contratos de maternidad subrogada buscan contrarrestar los efectos negativos derivados del contrato, párrafo 25)

Por lo anterior, hay posturas negativas en torno a legislar o permitir esta práctica; por ello, como más adelante se mencionará, el marco legal en México sobre la gestación subrogada es bastante menor. Sin embargo, aun cuando no se permiten o no se regulan estos acuerdos en las legislaciones que lo prohíben, estos se llevan a cabo. Por lo que para la protección de los derechos humanos de la madre gestante y del producto de la gestación, como lo es el bebé, es necesaria su regulación: “(...) garantizar el derecho humano a la salud reproductiva tanto de las personas contratantes como de las mujeres gestantes, el derecho a la familia y a la identidad de niñas y niños producto del acuerdo, así como el derecho a la reproducción asistida y a formar una familia de todas las personas sin importar su estado civil, nacionalidad o preferencia sexual.” (Vázquez, s. f.).

Como se mencionaba en líneas anteriores, la situación legal de la gestación subrogada en México, nos lleva a destacar que dos son las legislaciones que la contemplan, la de Tabasco y la de Sinaloa; la primera regula con mayor amplitud la cuestión procedimental y la divide en modalidades, señalando los efectos de cada una; la segunda regula los acuerdos en materia de subrogación y delimita sobre la filiación y sus efectos. No obstante, el estado de Querétaro y el estado de San Luis Potosí, la prohíben (Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022, pp. 248- 249).

El Código Civil de Tabasco fue el primer estado de la República Mexicana en legislar la maternidad subrogada, en su Código Civil local, contiene un capítulo denominado “Gestación Asistida y Subrogada”. Fue la primera legislación que trató de forma más detallada el tema de la reproducción humana asistida y la maternidad subrogada, sin contemplar de forma clara el contenido del contrato.

6. Conclusiones y propuesta

El desarrollo evolutivo de los derechos humanos a lo largo de la historia ha permitido trabajar en alcanzar el goce pleno en la vida de los seres

humanos en sus libertades dentro de un plano de igualdad. Aún son muchos los ámbitos en los que el derecho debe involucrarse más para regular en lo posible, dentro de las características de la ley, estas situaciones que en la actualidad se presentan producto de los avances en la tecnología y globalización.

Incluso lo que ya aparece regulado y que funcionaba anteriormente, ahora puede que ya no sea suficiente o necesite de modificaciones para adaptarse a las necesidades de la sociedad al día de hoy. El tema del reconocimiento de los derechos de las personas LGTB+; la situación del aborto en México; la adaptación de la sociedad a las personas que padecen discapacidad, pues aún faltan políticas públicas adecuadas para que los servicios proporcionados por el país sean, por ejemplo, suficientes para que puedan desplazarse si están en silla de ruedas, proporcionarles apoyos económicos, acceso a la educación y adaptar las formas de aprendizaje a ellos, etcétera.

Todo ello es materia de actualidad, y son cuestiones que en algún momento fueron prohibidas o que no se atendían en las legislaciones locales o federales, y que continúan siendo una exigencia para su debida regulación o para que se proporcionen los medios para alcanzar esa plenitud en el goce de sus derechos.

En materia de gestación subrogada, debe ser reconocida y regulada en la medida de lo posible por las demás legislaciones de los estados de México, en primera, porque sucede como en el tema del aborto; la situación se sigue dando de forma clandestina en algunos estados del país de México, aunque se prohíban los acuerdos con dicha finalidad. Las posturas en contra del reconocimiento y legalización de esta práctica atienden a preocupaciones válidas; esto no impide que sea posible adecuar en un marco normativo dicha práctica para la protección de los intereses de las personas involucradas, incluidas las del producto de esa gestación.

De lo anterior, basta mirar la forma en cómo las leyes estadounidenses han podido hacer frente a las críticas en contra de la maternidad subrogada para volverlas ejes de regulación de esta figura, y que, si son consideradas para la regulación aquí en México, se estaría avanzando en la protección y garantía de los derechos de las personas.

En torno a los daños físicos y las afectaciones psicológicas que se alega puede sufrir la madre gestante, es importante tomar en consideración

los estudios, análisis y exámenes médicos y psicológicos que deberán hacerse a la madre que va a prestar su vientre, pues, como lo señala la legislación en Estados Unidos de América, solicitar que previamente ya haya procreado un hijo y que además cuente con un rango de edad, con la finalidad de que conozca los efectos de un embarazo y que se le señale lista para poder entrar a este proceso nuevo de gestación; con ello, se estaría cuidando y salvaguardando su integridad física y psicológica en pro de sus derechos también.

Ello también sucede en la legislación de Tabasco al realizarle estudios clínicos, sociales y psicológicos a la madre gestante y también establecer un rango de edad; por otro lado, en la legislación de Sinaloa se establecen iguales requisitos, pero aquí sí se establece que debe la madre gestante tener un hijo consanguíneo ya concebido, por lo que este requisito resulta también fundamental en este tipo de prácticas. Al mencionar Tabasco, se hace la mención del estado de Zacatecas, donde en su legislación se adiciona al artículo 286 BIS al Código Civil de esta última entidad federativa, para quedar de la siguiente forma: “La filiación por solidaridad humana resulta de una situación de hecho que propicia una de derecho, consecuencia de tener en posesión de estado de hijo a un menor de edad y, posteriormente, por voluntad propia, genera un acto jurídico a fin de producir deberes, obligaciones, derechos y facultades entre ellos”.

En este sentido, algunas de las entidades de la República mexicana han modificado sus legislaciones. En estudio, la legislación de Sinaloa atribuye directamente la filiación a los padres intencionales una vez que sea notificado al Registro Civil y a la Secretaría de Salud del estado, mientras que en Tabasco, esto no se da con el contrato, sino con la adopción plena que deberá hacerse posteriormente.

Fuentes de información

- Abreu, J. y Le Clercq, J. (Coords.) (2011). *La reforma humanista. Derechos humanos y cambio constitucional México*. Ed. Miguel Ángel Porrúa, México.
- Azuela, M. (2010.) *Las Garantías de Igualdad*. Ed., SCJN, Tercera Edición México.
- Carbonell, M. (2015). *El ABC de los Derechos Humanos y el Control de Convencionalidad* Ed. Porrúa, Segunda Edición.
- Carbonell, M. (2016). *Derechos Fundamentales y Democracia*. Instituto Nacional Electoral.
- Carpizo, J. (1995). *La Constitución mexicana de 1917*. 9ª. Ed. Porrúa.
- COPRED (S/F). *Derecho a la no Discriminación*. Gobierno de la Ciudad de México. Recuperado el día 11 de noviembre del 2024 siendo las 20:15 horas del sitio: <https://infocdmx.org.mx/inclusionytransparencia/nodiscriminacion.php#:~:text=Es%20el%20derecho%20de%20toda,de%20sus%20derechos%20y%20libertades>.
- Edmon, Ch. (2023). Día Internacional de la Mujer: ¿Cuál es la diferencia entre equidad e igualdad? *El economista*. Recuperado el día 14 de noviembre del 2024 siendo las 15:30 horas de: <https://www.eleconomista.com.mx/capitalhumano/Dia-Internacional-de-la-Mujer-Cual-es-la-diferencia-entre-equidad-e-igualdad-20230307-0028.html>
- El derecho a la igualdad y a la no discriminación en la sociedad jalisciense*. (2013). (1.ª ed.). Publicado en asociación con: Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades (CUCSH) Grupo editorial: Editorial Universidad de Guadalajara.
- Ferrajoli, L. (2010.) *Derechos y garantías la ley del más débil*. Ed., Trotta, Séptima Edición.
- Figueroa, A. (2010). *Igualdad y no discriminación por razón de sexo como derecho fundamental en el marco de la Unión Europea* (1 ed.). Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM. <https://elibro-net.wdg.biblio.udg.mx:8443/es/lc/udg/titulos/273911>
- Guerrero, T. (2003). Directivas comunitarias sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y seguridad Social. *Temas Laborales*, núm. 68.

- Lara Ponte, R. (1997). *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*. Ed. Porrúa/UNAM.
- Martínez, D. (2023). *La igualdad de género en el ámbito laboral. ¿Una realidad?* Jover y Marben & Abogados Asociados. Recuperado el día 17 de noviembre del 2024 siendo las 18:15 horas del sitio: <https://www.marbenabogados.com/blog/la-igualdad-de-genero-en-el-ambito-laboral-una-realidad/>
- Nogueira Guastavino, M. et. al. (1998). El principio de igualdad de trato en las directivas comunitarias en materia de seguridad social. *Revista del ministerio del trabajo y asuntos sociales*, núm. 12.
- Ortiz Treviño, R. G. (2021). *Los derechos humanos en la Constitución mexicana. Reflexiones sobre la Reforma Constitucional, La Constitución y los derechos humanos*, México. Fundación Rafael Preciado Hernández -Comisión Mexicana de los derechos humanos -Konrad Adenauer Stiftung.
- Pérez Alencart, A. (1993). *El derecho comunitario europeo de la seguridad y la salud en el trabajo*. Tecnos.
- Pérez, C. (2014). *Retos y obstáculos en la implementación de la reforma constitucional en materia de derechos humanos* Ed., Instituto de investigaciones Jurídicas, SCJN primera edición México.
- Pérez, J. (2016). *La igualdad y no discriminación en el derecho interamericano de los derechos humanos*. Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos (1 ed.).
- Salazar, P. y Alonso, C. (Coord.) (2022). *Igualdad y no discriminación comentarios a las sentencias de la SCJN*. (1 ed.). Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. <https://elibro-net.wdg.biblio.udg.mx:8443/es/lc/udg/titulos/253048>
- Silva, J. (2018.) *Dignidad Humana, derecho a la vida y derecho a la integridad personal*. Ed., SCJN, Cuarta Edición.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2011). Parámetro para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos. Tesis número LXVIII/2011. Pleno. Varios 912/2011, 14 de julio de 2011.
- Universidad de Guadalajara. (2024) *Guía universitaria para crear entornos de enseñanza y convivencia incluyentes*. Editorial Universidad de Guadalajara, México.