



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO



**“INCONSTITUCIONALIDAD DE LA
MATERNIDAD SUBROGADA”**

TRABAJO TERMINAL DE GRADO

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE

DOCTOR EN DERECHO PARLAMENTARIO

PRESENTA

MTRO. JUAN CARLOS HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

TUTOR ACADÉMICO

DRA. LUZ MARÍA CONSUELO JAIMES LEGORRETA

TUTORES ADJUNTOS

DRA. MARÍA DE LOURDES MORALES REYNOSO

DR. HIRAM RAÚL PIÑA LIBIEN

Toluca, México

Agosto, 2024

ÍNDICE

	Pág.
RESUMEN	1
INTRODUCCIÓN	2
PROTOCOLO EN EXTENSO	5
CAPÍTULO 1	
LA MATERNIDAD SUBROGADA Y LOS DERECHOS HUMANOS	
1.1 La maternidad	18
1.1.1 Concepto de maternidad	18
1.1.2 Proceso de reproducción humana	20
1.1.3 Problemas en la reproducción humana	21
1.1.3.1 Esterilidad	22
1.1.3.2 Infertilidad	26
1.2 Las Técnicas de Reproducción humana asistida (TRHA)	27
1.2.1 Inseminación artificial	29
1.2.2 Hiperestimulación ovárica controlada	30
1.2.3 Fertilización in vitro	30
1.2.4 Transferencia de embriones	31
1.2.5 Transferencia intratubaria de gametos	31
1.2.6 Donación de embriones	32
1.3 La maternidad subrogada	32
1.3.1 Antecedentes de la maternidad subrogada	32
1.3.2 Concepto de la maternidad subrogada	36
1.3.3 Tipos de maternidad subrogada	41
1.3.4 Personas que intervienen en la maternidad subrogada	43
1.4 Los derechos humanos	45
1.4.1 Derecho humano a la procreación	54
1.4.2 Derecho humano a la salud	60
1.4.3 Derecho humano a la dignidad	63
1.4.4 Derecho humano a la libre disposición del cuerpo	68
1.4.5 Derecho humano al libre desarrollo de la personalidad	73

CAPÍTULO 2
PERSPECTIVAS JURÍDICAS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA A NIVEL
INTERNACIONAL

2.1 Países extranjeros que permiten la maternidad subrogada	79
2.1.1 Canadá	79
2.1.2 Portugal	82
2.1.3 Ucrania	84
2.1.4 Grecia	84
2.1.5 Estados Unidos de América	86
2.1.6 Rusia	90
2.2 Reflexión sobre las causas o motivos que tienen los países que permiten la maternidad subrogada.....	92
2.3 Países extranjeros que no permiten la maternidad subrogada	94
2.3.1 Francia	95
2.3.2 Alemania	97
2.3.3 España	98
2.3.4 China	100
2.4 Reflexión sobre las causas o motivos que tienen los países para prohibir la maternidad subrogada	101
2.5 Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre maternidad subrogada	103
2.5.1 Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica	103

CAPÍTULO 3
PERSPECTIVA JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN MÉXICO

3.1 La maternidad subrogada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	107
3.2 La maternidad subrogada en la legislación federal	113
3.2.1 Ley General de Salud	113
3.2.2 Código Civil Federal	116
3.2.3 Código Penal Federal	124
3.3 La maternidad subrogada en las legislaciones locales	125

3.3.1 Estados que permiten la maternidad subrogada	126
3.3.1.1 Estado de Tabasco	126
3.3.1.2 Estado de Sinaloa	133
3.3.1.3 Estado de Coahuila	139
3.3.2 Estados que prohíben la maternidad subrogada	140
3.3.2.1 Estado de San Luis Potosí	140
3.3.2.2 Estado de Querétaro	142
3.3.3 Consideraciones sobre maternidad subrogada en los Estados que han legislado al respecto	144
3.4 Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la maternidad subrogada	146
CONCLUSIONES	157
PROPUESTA	163
FUENTES DE CONSULTA	178

RESUMEN

La maternidad subrogada en México ya ha estado presente desde hace varios años. Sin embargo, es destacable su falta de regulación a nivel federal y en la mayoría de las entidades federativas. Por ello, se buscará analizar este tema en relación con los derechos humanos, haciendo énfasis en algunos de ellos como, el derecho a la procreación, salud, dignidad, libre disposición del cuerpo y desarrollo de la personalidad. También se abordará el tema de las técnicas de reproducción humana asistida y la historia de la maternidad subrogada

Por otra parte, hay que comparar las legislaciones de varios países sobre la maternidad subrogada. Examinar a aquellos países que permiten esta práctica (Canadá, Portugal, Ucrania, Grecia, EE. UU., Rusia) y aquellos que la prohíben (Francia, China, Alemania, España), a efecto de reconocer los motivos que les llevaron a tomar estas decisiones.

Asimismo, se aborda la maternidad subrogada desde la perspectiva del sistema jurídico mexicano, explorando la necesidad de crear normativas e instituciones para garantizar el Estado Constitucional de Derecho. Se reflexiona sobre la filiación y la posible inclusión de la maternidad subrogada en la Ley Fundamental de nuestro país.

INTRODUCCIÓN

Esta investigación abordará lo concerniente a la maternidad subrogada y su presencia dentro del sistema jurídico mexicano, en virtud de ser una práctica que no se encuentra regulada en todas las entidades federativas, ni a nivel Federal, en nuestro país. Ello conlleva la posibilidad de que, el Estado mexicano esté siendo indiferente ante las posibles violaciones a derechos humanos de las personas que participan en tal procedimiento.

La investigación se desarrollará a lo largo de tres capítulos en los cuales se buscará encontrar el fundamento necesario para determinar por qué el gobierno de México debe implementar este tópico dentro de su sistema jurídico, independientemente si su puesta en práctica se deba prohibir o permitir.

En el primer capítulo se estudiará lo concerniente a la maternidad subrogada y su relación con los derechos humanos. Se analizarán temas como la maternidad, el proceso de reproducción humana y algunos problemas que se pueden presentar en el mismo. Además, se conocerán las técnicas de reproducción humana asistida, tales como la maternidad subrogada, que ayudan a solucionar esos problemas.

También se llevará a cabo un estudio sobre la historia de la maternidad subrogada, en dónde surgió y qué problemas ha traído consigo, su conceptualización, los diferentes tipos que se pueden presentar y las diversas personas que intervienen en este proceso.

Del mismo modo, se ejecutará un análisis sobre los derechos humanos que se consideran involucrados en la práctica de la maternidad subrogada, tales como el derecho humano a la procreación, el derecho humano a la salud, el derecho humano a la dignidad, el derecho humano a la libre disposición del cuerpo y el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad.

Para el segundo capítulo, veremos el tema de las perspectivas que se tienen en varias legislaciones extranjeras sobre el tema de la maternidad subrogada, a efecto de comparar aquello que en otras naciones se opina y se legisla sobre el tema de estudio. Por una parte, se analizarán aquellos países en los que sí está permitida esta clase de

reproducción humana, como Canadá, Portugal, Ucrania, Grecia, Estados Unidos y Rusia; realizando una reflexión sobre las posibles causas que llevaron a los gobiernos de estos países a permitir estos procedimientos y en qué términos lo hacen. Por otro lado, se estudiarán aquellos países que no autorizan que la maternidad subrogada sea considerada como una forma legal de procreación humana, como lo son Francia, China, Alemania y España, con su respectiva reflexión sobre las posibles causas que llevaron a los gobiernos de estos países a prohibir tal procedimiento de reproducción humana asistida, tomando en consideración aquellos elementos que tengan en común.

Finalmente, se revisarán algunas sentencias de la Corte Interamericana de derechos humanos relacionadas con la maternidad subrogada, en específico aquellas que se realizaron sobre el caso *Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*, en virtud de considerarse importantes para una verdadera protección de los derechos humanos ya que las decisiones de esta Corte se consideran vinculatorias para todos los países firmantes del Pacto de San José de Costa Rica, en el que se establecen los derechos que tienen que ser respetados por ellos.

En el tercer capítulo se verá el tema de la maternidad subrogada desde la perspectiva del sistema jurídico mexicano, a efecto de contar con elementos legales suficientes que nos permitan determinar por qué el Estado mexicano tiene la obligación de expedir normativas y crear instituciones que coadyuven a que la población viva dentro de un Estado Constitucional de Derecho.

Se reflexionará sobre temas como la filiación y la maternidad subrogada. Asimismo, la posibilidad de que esta última se encuentre contemplada dentro de nuestra ley fundamental, posiblemente en los artículos primero y cuarto; la relación que pudiera existir entre el tópico de nuestra investigación y las leyes federales en las que se pudiera encontrar regulada, como la Ley General de Salud, el Código Civil Federal o, el Código Penal Federal.

De igual forma, se conocerán las legislaciones de las entidades federativas que sí contemplan dentro de su normatividad a la maternidad subrogada, tanto aquellas que lo permiten como aquellas que la prohíben. En ese sentido, se revisarán las legislaciones de los Estados de Tabasco y Sinaloa, lugares en los que sí está permitida

esta forma de reproducción humana asistida. Por otra parte, se observarán las legislaciones de Querétaro y San Luis Potosí, que expresamente prohíben la práctica de la maternidad subrogada, así como la del Estado de Coahuila, que, aunque no establece esa forma de reproducción, si se hace referencia a las técnicas de reproducción humana asistida de forma general.

Finalmente, dentro de este capítulo también se analizarán algunas sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación relativas a la maternidad subrogada, tema de gran relevancia en virtud de que todas las controversias relacionadas con esta cuestión terminarán siendo resueltas por el Poder Judicial de nuestro país.

Se espera que esta investigación aporte una visión pertinente sobre el tópico investigado, a efecto de que en algún momento las autoridades encargadas de legislar en nuestro país realicen sus funciones, y lo hagan pensando en los distintos factores que interactúan al respecto, a efecto de tomar las mejores decisiones.

PROTOCOLO EN EXTENSO

1. Antecedentes

La maternidad subrogada es un tópico que puede ser abordado desde dos puntos de vista diversos: desde el punto de vista médico-científico, se puede entender como una técnica de reproducción humana asistida (TRHA) en la que, mediante otra TRHA denominada, fecundación in vitro (FIV), se fecunda al óvulo de una mujer fuera de su vientre (en un laboratorio), para, posteriormente, sea implantado en el vientre de una mujer distinta a la que quiere ser madre, a efecto de que el bebé pueda desarrollarse dentro de ese vientre hasta su nacimiento, momento en el que el recién nacido deberá entregarse a los padres de intención (Bayonas et al, 2021); desde el punto de vista legal, se puede considerar como un contrato mediante el cual una mujer acuerda quedar embarazada, mediante una TRHA, de un bebé que no es suyo, durante todo el periodo de gestación hasta el nacimiento, momento en el cual se obliga a entregar al recién nacido a los padres de intención, cediendo todos los derechos que pudieran generarse sobre el menor, en favor de los padres de intención, pudiendo tener contraprestación económica o no (Rodríguez y Martínez, 2012).

Esta TRHA fue utilizada por vez primera en los Estados Unidos de Norteamérica, en el año de 1984, cuando los óvulos fecundados in vitro, de una mujer sin útero, fueron implantados en el útero de otra mujer que dio a luz a un menor, con el cual no mantenía ninguna relación genética. El caso, conocido como “Baby M”, fue muy polémico, ya que la mujer que gestó al bebé en su vientre, no quiso entregarlo a los padres de intención después de que este nació, por lo que, ellos iniciaron un proceso judicial, para hacer efectivo el contrato que habían suscrito con esta persona y, consecuentemente, les entregara al menor. Finalmente, después de un largo proceso judicial, lograron obtener la custodia del niño y, a la mujer gestante, se le otorgó un derecho de visita (Lamm, 2013).

A pesar de que la maternidad subrogada sea una TRHA muy controvertida, desde 1997, el Código Civil de Tabasco contempló, dentro de sus normas, la figura de la maternidad subrogada, abriendo las puertas, en nuestro país, para llevar a cabo este

tipo de contratos, obligándose, dicho Estado de la República Mexicana, a modificar su legislación familiar en relación con la filiación mediante maternidad subrogada (Tosca, 2016).

Actualmente, el Estado de Sinaloa también contempla, dentro de su legislación, la figura de la maternidad subrogada, a la cual denomina como “maternidad de sustitución”; estableciendo, en el artículo 284 de su Código Familiar, cuatro modalidades: 1) subrogación total, donde la mujer que gestará al bebé en su vientre, también aportará sus óvulos, por lo que el bebé también llevará sus genes; 2) Subrogación parcial, en la que la mujer gestante no aportará sus óvulos, por lo que el bebé no tendrá relación genética con la gestante; 3) Subrogación onerosa, aquella en la que la mujer gestante recibe una contraprestación económica por gestar al bebé de otra pareja y; 4) Subrogación altruista, cuando no hay retribución económica por gestar el bebé ajeno.

No obstante, existen algunos otros Estados de la República Mexicana en los que no se contempla la figura de la maternidad subrogada y otros más que no la permiten, estableciendo esta prohibición dentro de su legislación. Tal es el caso del Estado de Querétaro que, en el artículo 400 de su Código Civil, prohíbe, literalmente, la contratación del vientre de una mujer para gestar al embrión (Briseño y Jurado, 2018).

Aunado a ello, también se observa que a nivel Constitucional no encontramos claridad al respecto de las TRHA ni de la maternidad subrogada, en específico. De hecho, en las Leyes Federales tampoco se encuentra a la figura en mención. No se puede ubicar en la Ley General de Salud (LGS), que deriva directamente del artículo cuarto Constitucional y que, es de observancia general para toda la república mexicana. Tampoco está presente en el Código Civil Federal y se puede considerar delito dentro del Código Penal Federal.

Por su parte, en fechas recientes, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en México, se ha pronunciado en favor de la maternidad subrogada, manifestando que se considera viable que cualquier persona, en pareja o de forma individual, pueda acceder a esta TRHA, a efecto de proteger el libre desarrollo de la personalidad y de

la familia. Permitiendo, incluso, que los extranjeros celebren contratos de maternidad subrogada con mujeres mexicanas (Fernández, 2021).

En el ámbito internacional también podemos encontrar posturas contrarias, pues algunos países están a favor de la maternidad subrogada, mientras que otros consideran que dicha TRHA viola los derechos humanos de la mujer gestante, considerando que se utiliza el cuerpo de las mujeres como si de objetos se tratara. Así tenemos países que consideran a la maternidad subrogada como un delito. Tal es el caso de Francia, China y Estonia; así como en los Estados de Columbia, Michigan, Nueva York y Washington, en Estados Unidos. En países como España, Holanda, Alemania, Italia, Bélgica, Suiza, Austria, Noruega, Suecia, Islandia, Turquía, Arabia Saudita y Pakistán, está prohibida la maternidad subrogada, por lo que los contratos entre una mujer gestante y los padres de intención son nulos, pues en estos países se considera que madre es la mujer que da a luz al recién nacido (Salgado, 2016).

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), no se ha opuesto al uso de la maternidad subrogada para acceder al derecho humano a la reproducción, ya que en la sentencia del caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica, determinó que el mencionado Estado debía iniciar una discusión amplia y participativa acerca de la maternidad subrogada como un procedimiento para la procreación.

2. Originalidad y relevancia

La originalidad de este proyecto de investigación radica, principalmente, en el enfoque que se dará a toda la información obtenida sobre la maternidad subrogada y sus consecuencias legales a nivel nacional e internacional, tomando en consideración a nuestra Constitución Federal, a las Leyes Federales, a las Leyes Locales, tratados internacionales, así como de las determinaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos humanos; que nos permitan determinar la necesidad de reglamentar el uso de la maternidad subrogada dentro de todo el territorio nacional.

Por otra parte, la relevancia de esta investigación, en el ámbito nacional, se hace evidente toda vez que causa impacto en todo nuestro país, pues lo que se busca es

que se pueda reglamentar el uso de la maternidad subrogada en todo el territorio nacional, a efecto de que nuestro sistema jurídico se comporte como un todo y no existan leyes o normas que se contrapongan entre sí. A nivel institucional, es relevante pues la misma abona a todos los estudios que ya ha realizado la Universidad, aumentando el acervo y las reflexiones que pueden ser punto de partida para nuevas investigaciones en un futuro próximo.

3. Planteamiento del problema.

La maternidad subrogada, considerada en sus dos aspectos (como TRHA y como contrato), es un tema de gran relevancia, tanto a nivel nacional como mundial, debido a lo complejo de los derechos humanos que pueden ser trastocados.

Por un lado, se encuentran los derechos de procreación de las personas que desean tener hijos que compartan sus genes y que, gracias a los avances médico-científicos, ahora es posible la fecundación de un óvulo fuera de la matriz, de aquellas mujeres que padecen de algún problema de infertilidad o esterilidad, para que, posteriormente, el o los óvulos fecundados sean implantados en la matriz de otra mujer sana. Logrando así, procrear un hijo que comparte los genes de los padres de intención, gracias al vientre de una tercera mujer que no tiene problemas de esterilidad o infertilidad.

Sin embargo, también hay que tomar en cuenta el derecho a la dignidad humana de la mujer que prestará su vientre para gestar al hijo de otras personas, quien, después de nueve meses de tenerlo dentro de su cuerpo, deberá entregarlo a los padres de intención al momento del nacimiento. De tal manera que, básicamente esta mujer está prestando un servicio con su propio cuerpo, como si de un objeto se tratara. Es como si de repente, a las mujeres que no tengan problemas de infertilidad o esterilidad y se encuentren en edad reproductiva, se las pueda considerar como maquinas gestantes, a las cuales se les puede pagar algo de dinero o sólo decir gracias por su servicio.

Ahora, también hay que tomar en cuenta que, el proceso de la maternidad subrogada implica que se tenga que entregar a un recién nacido a otras personas distintas de aquella que está dando a luz al nuevo ser, lo que podría considerarse como venta de bebés, o trata de menores. Evidentemente, bajo la premisa de haber realizado un

contrato de maternidad subrogada, pudieran estarse cometiendo delitos y únicamente pagar algo de dinero. Pues, al igual que en el párrafo anterior, sería posible que las personas que entregan a un hijo a otros o permiten que su vientre sea usado para gestar al hijo de otros, serán aquellas personas de bajos recursos, ya que difícilmente una mujer de clase media o media alta estaría dispuesta a entregar a su hijo o prestar su vientre. En todo caso, la falta de legislación al respecto sería la causa de cualquier abuso o dejar en estado de indefensión a las personas vulnerables.

Asimismo, hay que tomar en cuenta que la legislación de nuestro país no contempla, a nivel Constitucional o federal, los procedimientos médicos para llevar a cabo la maternidad subrogada, ni siquiera está reconocida, legalmente, como una técnica de reproducción humana asistida. Tampoco existe legislación en el ordenamiento federal, que permita realizar contratos de maternidad subrogada en los que el sujeto obligado pueda ser sometido, aun en contra de su voluntad, a la realización del objeto del contrato consistente en, permitir que se implante un óvulo fecundado en su interior y mantener dentro de su cuerpo por nueve meses para, posteriormente, entregar al recién nacido. Si cualesquiera de estas conductas no se llevan a cabo, se podrían demandar por la vía judicial.

Aunado a lo anterior, se requeriría armonizar todo el sistema jurídico mexicano a efecto de que se reconozca la filiación de padres e hijos que hayan nacido mediante la TRHA de maternidad subrogada, ya que a este momento dicha figura no está presente en el ordenamiento jurídico federal ni en el de muchas entidades federativas, ya que casi todas reconocen la filiación materna por el simple alumbramiento.

Finalmente, con relación a los derechos del menor, será necesario armonizar todo el sistema jurídico para que en las actas de nacimiento no exista diferenciación y o discriminación por haber nacido como producto de una TRHA. Al mismo tiempo, sería congruente que se vigilara la idoneidad de los padres de intención, a efecto de que los requisitos sean similares a los de la adopción ya que, en México, la SCJN se ha pronunciado a favor de que cualquier persona (no sólo aquellas que tengan un problema de salud), en pareja o de forma individual, nacional o extranjera, pueda

acceder a la maternidad subrogada como una forma del ejercicio del derecho a la procreación.

Así, lo que se hace evidente, es que es necesario legislar sobre el tema en particular para que todo el sistema jurídico de nuestro país sea coherente y pueda proteger los derechos de las personas dentro de todo el territorio nacional.

4. Preguntas de investigación

¿Se debe regular la conducta humana, derivada de un avance médico-científico, que permite que una mujer utilice su vientre para para gestar y entregar después del nacimiento, a un hijo que será de otra u otras personas?

¿Se debe permitir que cualquier persona, en pareja o de forma individual, tenga derecho a hacer uso de la maternidad subrogada en México?

¿Se debe permitir que las personas extranjeras puedan tener hijos a través del uso de la maternidad subrogada, donde las mujeres gestantes son mexicanas?

¿Se deben establecer requisitos para acceder a la procreación a través de la maternidad subrogada?

¿Se deben establecer requisitos para que una mujer pueda prestar su vientre en el procedimiento de maternidad subrogada?

¿Cómo han regulado otros países, el ejercicio de la maternidad subrogada?

¿Por qué otros países han prohibido el ejercicio de la maternidad subrogada?

5. Justificación del problema

La presente investigación buscará allegarse de los elementos suficientes que nos permitan dilucidar acerca de la pertinencia de contemplar jurídicamente a la técnica de reproducción humana asistida, consistente en la maternidad subrogada a efecto de vulnerar los derechos humanos de las personas, tratando de armonizar todos los interés presentes, tanto los de las personas que desean procrear, como de aquellas que prestarán su cuerpo a efecto de que otros ejerzan su derecho y de los menores que nacen bajo este procedimiento.

El Derecho no es estático, siempre está cambiando, y las nuevas tecnologías nos exigen replantearnos una y otra vez cosas que creíamos que ya estaban resueltas. Es el caso de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida que, si bien su búsqueda principal es poder ayudar a personas que, por distintas causas no han podido tener un hijo por medios naturales, lo hagan a través de estas nuevas tecnologías.

Estos avances en la ciencia y la tecnología deben ser analizados a la luz de los Derechos Humanos a fin de evitar que, por querer ayudar a alguien, se cause más daño a otros seres humanos. Todo esto es conocimiento nuevo. Poder resolver si estas nuevas tecnologías son respetuosas de los Derechos Humanos, es conocimiento nuevo para el Derecho y se considera necesario legislar al respecto para la convivencia sana y sin el abuso o daño a las personas.

Actualmente, existe un vacío legal en nuestra Constitución Federal y las leyes generales que de ella emanan, ya que la maternidad subrogada no está expresamente, ni permitida, ni prohibida. De esta forma, cada Estado de la República puede decidir a “su antojo” si la regula o no. Esta investigación busca llenar ese vacío legal al respecto, pues pretende encontrar los elementos jurídicos necesarios que permitan vislumbrar la necesidad de su regulación a efecto de mantener coherente todo el sistema jurídico mexicano.

La presente investigación también podría servir de referente para otros miembros de la comunidad universitaria en nuestra casa de estudios, siendo un beneficio directo para ellos, pero también de forma general, el hecho de que este tipo de investigaciones que buscan dar respuesta a los problemas actuales en el mundo jurídico le da prestigio a nuestra Universidad y con ello a la comunidad universitaria en general.

6. Delimitación del problema

A. Delimitación temporal.

La presente investigación buscará antecedentes sobre maternidad subrogada a partir de que fue posible y quedó documentado el caso en los Estados Unidos de América, describiendo el desarrollo que ha tenido el uso de esta TRHA, tanto en México como

en algunos países del mundo. Sin embargo, lo más importante será ubicarla en el contexto actual de interpretación de los derechos humanos.

B. Delimitación espacial.

El ámbito de aplicación de las normas jurídicas que se dilucidarán a lo largo de la presente investigación será dentro del territorio de los Estado Unidos Mexicanos, tocante al ejercicio del derecho a la procreación, a través de la maternidad subrogada y los derechos humanos de todos los que intervienen en el proceso. Aunque, también se tomará en cuenta el derecho comparado con otros países, pero únicamente como referencia.

C. Delimitación Humana.

La presente investigación tendrá una limitante humana en cuanto la posible inclinación de opiniones, así como de los materiales documentales que se puedan tener al alcance, tomando en consideración que ya se posee cierto nivel de conocimiento sobre el derecho, la Constitucionalidad y los derechos humanos, a efecto de poder utilizar información veraz que pueda ser sistematizada y entendible. De igual forma, la posibilidad de acceder a las redes informáticas de información documental y bibliotecas de la propia universidad, contar con equipo de cómputo, acceso a Internet, programas ofimáticos, etc., permitirán que la misma sea posible de llevar a cabo.

7. Orientación Teórico-Metodológica

Este trabajo de investigación tendrá como referente metodológico el respeto a los Derechos Humanos establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales de los que México sea parte, así como de los pronunciamientos que al respecto hayan emitido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

8. Hipótesis

Si la maternidad subrogada no está reglamentada en leyes federales mexicanas sobre salud, a pesar de ser una práctica que ya se lleva a cabo dentro del territorio nacional, entonces se hace necesaria su reglamentación a nivel federal.

9. Objetivo General

Analizar a la maternidad subrogada como una técnica de reproducción humana asistida que requiere de un contrato jurídico de prestación de servicios, para poder determinar su regulación, mediante la creación de normas generales de aplicación en todo el territorio nacional.

Objetivos Específicos

Evaluar a la maternidad subrogada, para determinar sus alcances jurídicos, mediante su análisis a la luz de los derechos humanos.

Analizar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para verificar si es posible el uso de la maternidad subrogada, mediante una lectura profunda y con apego a los derechos humanos.

Analizar las leyes federales necesarias para la regulación de la maternidad subrogada, para verificar la pertinencia de estas en relación con la práctica de la maternidad subrogada, mediante una evaluación que contemple al sistema jurídico nacional como un todo.

Analizar las leyes locales que contemplan a la maternidad subrogada, para evaluar su impacto en la sociedad y marco jurídico actual, mediante su estudio en fuentes documentales.

Identificar la postura internacional sobre la maternidad subrogada, para determinar los pros y los contras del uso de la maternidad subrogada desde la perspectiva de otros países, mediante su estudio y análisis en fuentes documentales.

10. Metodología

Para llevar a cabo la presente investigación se hará uso de diversos métodos, según las necesidades determinadas por los objetivos a alcanzar, describiéndolos a continuación de una manera enunciativa más no limitativa.

Se hará uso de la técnica documental con la finalidad de obtener la mayor cantidad de información relacionada con el proceso que se lleva a cabo en la maternidad

subrogada, desde sus inicios hasta la época actual. La legislación nacional, empezando por nuestra Constitución Federal, Ley General de Salud, Código Civil Federal, Código Penal Federal y los Códigos Civiles y/o familiares de algunas entidades Federativas, que consideren dentro de sus normas a la maternidad subrogada incluyendo las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. También se recabará información sobre la postura internacional sobre el tópico en cuestión, tomando en consideración la postura que al respecto emita la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

También se hará uso del método analítico, a efecto de examinar minuciosamente toda la información que se logre conseguir, para poderla revisar de manera individual a la luz de los derechos humanos.

Del mismo modo, se hará uso del método sintético con el fin de poder unificar toda la información analizada y con ello lograr un nuevo conocimiento, que contenga una nueva perspectiva, basada en el respeto a los derechos humanos.

Finalmente, gracias al método lógico jurídico, se podrá argumentar de manera coherente, el porqué de las ideas expuestas en la conclusión, así como de la posible propuesta de una reglamentación de la maternidad subrogada, a nivel federal, en nuestro país.

Técnicas (grupo focal, entrevista profunda)

Para poder llevar a cabo la presente investigación, se considera necesario el uso de la observación como la mejor técnica de investigación aplicable a nuestro objeto de estudio, en virtud de que nos permitirá percibir y recopilar la mayor cantidad de información para luego registrarla y con ello estar en posibilidad de realizar un análisis de esta.

11. Esquema de trabajo (desarrollar)

Capítulo 1

LA MATERNIDAD SUBROGADA, LOS DERECHOS HUMANOS Y LA CONSTITUCIONALIDAD

1.1 Antecedentes

1.2 La maternidad

1.3 La subrogación

1.4 La maternidad subrogada

1.5 Los derechos humanos

Capítulo 2

PERSPECTIVA JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN MÉXICO

2.1 La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

2.2 Legislación en México sobre maternidad subrogada

2.3 Legislación de las Entidades Federativas que contemplan la maternidad subrogada

2.4 Resoluciones de la SCJN sobre maternidad subrogada

Capítulo 3

PERSPECTIVAS JURÍDICAS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA A NIVEL INTERNACIONAL

3.1 Países que permiten la maternidad subrogada

3.2 Países que no permiten la maternidad subrogada

3.3 Reflexión sobre la perspectiva jurídica de los países que permiten y los que no permiten la maternidad subrogada

3.4 Pronunciamientos de la CIDH sobre la maternidad subrogada

Conclusiones

Anexos

Fuentes de información

12. Referencias bibliográficas

- Bayonas, A.; Rodrigo, A.; Trollice, M. y M. Barranquero, (2021) ¿Qué es la gestación subrogada y qué tipos existen? En: Babygest [en línea] disponible en <<https://babygest.com/es/gestacion-subrogada/>> [consulta: 14 junio 2022].
- Briseño, C. y H. Jurado, (2018) Gestación sustituta y subrogada en México, derecho humano no reconocido constitucionalmente. En: Derechos Fundamentales a Debate [en línea] disponible en <[http://cedhj.org.mx/revista%20DF%20Debate/articulos/revista_No6/ADEBAT E-6-art3.pdf](http://cedhj.org.mx/revista%20DF%20Debate/articulos/revista_No6/ADEBAT-E-6-art3.pdf)> [consulta: 14 junio 2022].
- Fernández, A. (2021) La Suprema Corte resuelve sobre la maternidad subrogada. En: Revista Hechos y Derechos, No. 63, Ciudad de México, UNAM [en línea] disponible en <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/15985/16813>> [consulta: 14 junio 2022].
- Lamm, E., (2013) Gestación por sustitución, Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Barcelona, Universidad de Barcelona.
- Rodríguez, C. y K. Martínez, (2012) El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. En: Revista de Derecho Vol. XXV, No. 2, pp. 59-81 [en línea] disponible en <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200003>> [consulta: 14 junio 2022].
- Salgado, S. (2016) Países que prohíben la gestación subrogada. En: Babygest [en línea] disponible en <<https://babygest.com/es/paises-que-prohiben-la-gestacion-subrogada/>> [consulta: 14 junio 2022].
- Tosca, E. (2016) La maternidad subrogada y sustituta en el marco jurídico de Tabasco. En: Revista Hechos y Derechos UNAM, México [en línea] disponible en <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-%20derechos/article/view/10480/12645>> [consulta: 23 septiembre 2020].

CAPÍTULO 1

LA MATERNIDAD SUBROGADA Y LOS DERECHOS HUMANOS

1.1 La maternidad

1.1.1 Concepto de maternidad

De conformidad con lo que nos presenta la Real Academia Española [RAE] (2023a), la maternidad tiene dos acepciones:

1. f. Estado o cualidad de madre.
2. f. Hospital o zona de un hospital donde se atiende a las parturientas.

De la primera acepción ofrecida por la RAE, podemos inferir que, la maternidad es una cualidad que pertenece a quien sea madre y entendemos que la madre sólo puede ser mujer, por tanto, se concluye que la maternidad es una cualidad que sólo podría atribuírsele a la mujer que se le considere “madre”.

Por otra parte, de acuerdo con Patricia Kurczyn Villalobos, *“los términos más comunes para referirse al proceso reproductivo de la mujer son embarazo, gestación y maternidad. [...] La gestación se refiere estrictamente al proceso de formación del producto en el vientre materno”* (Kurczyn, 2004: 121). Es decir que, la maternidad alude al proceso reproductivo de la mujer, por lo que, en concordancia con el párrafo anterior, sólo la mujer puede ser madre. Esto es así, toda vez que se deriva de su capacidad natural para poder gestar a un ser humano dentro de su vientre. Aunque, evidentemente, el embarazo es sólo una parte de lo que implica ser madre o la propia maternidad.

Aunado a lo anterior, Ignacio González Labrador (2001), considera que el hecho de ser madre, además de ser un fenómeno biológico, también es una cuestión social y cultural, pues el comportamiento de los individuos está, de manera general, definido por la sociedad en la que viven, y sus conductas estarán regidas por determinadas normas impuestas por ese colectivo social. Por otra parte, dicho especialista sostiene que el embarazo, como evento crucial del proceso reproductivo, es diferente para hombres y mujeres, ya que puede afectar la vida y sexualidad de las personas de

diversas maneras según el sexo de estas. Por ello, algunas mujeres, desde el embarazo o durante el mismo, consideran disminuida su sexualidad, lo que supone un conflicto entre esta y el deseo de ser madres.

Si bien es cierto que, las ideas acerca de los roles de hombres y mujeres en la actualidad no pueden continuar como lo eran en la antigua Babilonia, no es menos cierto que, de manera natural, se sigue aceptando el hecho de que, si una mujer está embarazada, será madre del pequeño ser humano que se está gestando en su interior y que, al cabo de nueve meses nacerá.

Asimismo, el modelo social actual de la maternidad implica sacrificio, angustias y dolor. Incluso, existen modelos maternos que restan o suprimen el placer sexual por modificaciones corporales de la grávida, lo que trae aparejados duelos con el cuerpo, por pérdidas de la figura y el atractivo físico (González, 2001). En ese sentido, las mujeres que deciden embarazarse para ser madres tendrán que lidiar con estas situaciones que son un verdadero reto, ya que implican aceptar los cambios físicos, los malestares que produce el embarazo, la cuestión psicológica o hasta la pérdida de placer sexual. Por ello, decidir embarazarse en aras de gestar a un bebé y con ello convertirse en madre, se considera una gran responsabilidad.

Finalmente, un concepto de maternidad aportado por Arturo Llanes Castillo y otros, es:

la vivencia que tiene una mujer por el hecho biológico de ser madre, la cual se desarrolla a partir del nacimiento de un hijo bajo una perspectiva muy íntima, pues se trata de un conjunto de emociones personales que no son uniformes, sino que presentan todo tipo de matices relacionados con el amor y la protección (Llanes et al., 2019: 53).

Es decir que, de acuerdo con los autores, la maternidad es una cualidad exclusiva de la mujer, que se deriva de su capacidad biológica de ser madre. Esta capacidad se inicia con el parto, momento en que nace su hijo y que, derivado de ese momento se irán desarrollando hacia aquel, sentimiento de amor y protección.

Bajo esta perspectiva, se puede inferir que ser madre no es tan simple como poseer un vínculo genético o la filiación jurídica respecto de un menor recién nacido, sino que,

implica todo un proceso que va desde la concepción hasta la crianza de este, pasando por diversas etapas como el embarazo, parto, puerperio y la propia crianza. Además, no hay que perder de vista que cada una de estas etapas estará llena de sentimientos, reconocimiento social e incluso sacrificio.

Ahora que se puede apreciar claramente que ser madre es un proceso exclusivo de la mujer, que inicia con aquello que se conoce como embarazo, vale la pena conocer más a fondo esta etapa previa al nacimiento de un ser humano. En otras palabras, si la maternidad inicia con la capacidad biológica exclusiva que tienen las mujeres para poder gestar a un bebé dentro sus vientres, es imperante su análisis a efecto de lograr un conocimiento más profundo.

1.1.2 Proceso de reproducción humana

El proceso de reproducción humana parece algo sencillo, ya que es común ver mujeres embarazadas y, con ello, el nacimiento de muchos bebés. De hecho, en el comunicado de prensa número 535/21 del Instituto Nacional de Geografía y Estadística [INEGI], se menciona que, en el año 2020 hubieron 1,629,211 [un millón seiscientos veintinueve mil doscientos once] nacimientos registrados en nuestro país. Esto es una cantidad muy grande de bebés, y solo estamos hablando de aquellos que nacieron dentro del territorio nacional en el año 2020 (INEGI, 2021). A partir de estas cifras, es posible imaginar el gran número de bebés que nacen cada año en todo el planeta. Así que, dado que nacen tantos, uno podría inferir que el proceso para que un bebé nazca debe ser en extremo sencillo.

Sin embargo, no siempre lo es, pues, de acuerdo con una publicación de la Gaceta parlamentaria del Senado de la República, de mayo de 2012, en México había 1.5 millones de parejas que padecían de infertilidad. En otras palabras, una de cada seis parejas que deseaban tener un hijo, tenían problemas para concebirlo (Senado de la República, 2012). Hablar de más de un millón de parejas que tienen problemas de salud, que les impide procrear naturalmente, no es algo menor. Este hecho debería ser atendido por la sociedad y por el gobierno.

Así pues, como se ha podido apreciar, el proceso de la reproducción humana es algo delicado y difícil. Entonces, ¿Cómo debe ser el correcto proceso reproductivo de los humanos? Bueno, de acuerdo con Silva (2019), este es un proceso que puede dividirse en cinco fases, para un mejor entendimiento:

- **Fase I:** El varón tiene que contar con la capacidad para producir espermatozoides sanos y la mujer debe hacer lo propio con sus óvulos.
- **Fase II:** Los órganos reproductores en la mujer, también deben estar sanos. Esto incluye unas trompas de Falopio libres, sin que nada pudiera obstruir el paso del óvulo hacia el útero.
- **Fase III:** Los espermias deben ser capaces de localizar al óvulo y fecundarlo.
- **Fase IV:** Después de que el óvulo haya sido fecundado, debería empezar a generarse un embrión sano.
- **Fase V:** Finalmente, el embrión sano tendría que ser capaz de poder implantarse en el útero de la mujer.

Una vez conocido lo anterior, podemos inferir que, de existir algún fallo en cualquiera de esas cinco fases, la mujer no quedaría embarazada. Si esta situación se repitiera constantemente durante el ciclo menstrual, tendríamos un problema de salud. Sin embargo, gracias a esta división en fases, podría ser más fácil encontrar el problema y con ello una posible solución.

El ciclo menstrual de la mujer tiene un periodo aproximado de 28 días, de acuerdo con lo publicado en la Norma Oficial Mexicana NOM005-SSA2-1993, sobre los servicios de planificación familiar. Esto significa que, la posibilidad de que una mujer quede embarazada es de, aproximadamente, 12 veces al año y si no lo hiciera, a pesar de estarlo intentando, es porque alguna de las etapas del embarazo no se llevó a cabo.

1.1.3 Problemas en la reproducción humana

Como se ha podido apreciar hasta este momento, la reproducción humana no es un proceso sencillo; se requiere que la pareja tenga deseos de procrear para mantener relaciones sexuales encaminadas a ese fin, por lo que es necesario que no hagan uso

de métodos anticonceptivos. Sin embargo, ¿qué pasa cuando la pareja sí tiene deseos de procrear, lo han intentado varias veces y no lo han conseguido?

Aquí conviene recordar que, aproximadamente 1.5 millones de parejas en México han tenido problemas para procrear; presumiblemente debido a dificultades de salud que las lleva a padecer de infertilidad o esterilidad. Estos conceptos llegan a utilizarse como sinónimos, pero, de acuerdo con la ciencia, son distintos.

1.1.3.1 Esterilidad

La esterilidad es un problema de salud, que, de acuerdo con las autoras Pérez y Rodríguez (2015), se presenta como una incapacidad de la pareja para concebir a un hijo, en un lapso de un año, durante el cual han tenido relaciones sexuales, con la intención de procrear, y no lo han conseguido. Esto a pesar de no haber utilizado ningún método anticonceptivo y tener las relaciones sexuales en los días considerados como fértiles. Es decir, son parejas que buscan lograr el embarazo de la mujer y, a pesar de sus esfuerzos continuados por el periodo de un año, este no se ha presentado.

Pero ¿por qué puede ser estéril una pareja? De acuerdo con Pérez (1995), pueden ser dos las causas: primarias y secundarias. Las primeras contemplan a aquellas parejas que nunca han logrado un embarazo y las segundas son aquellas parejas que ya han logrado tener embarazos en el pasado, pero que, por alguna razón, ahora no lo pueden conseguir.

De acuerdo con este autor, se entiende por pareja estéril a aquella que, siendo heterosexual y teniendo deseos de procrear, no lo consigue. La pareja heterosexual es la que se conforma de un hombre y una mujer. Esto es así ya que, para poder procrear, de manera natural, se requiere tanto de los espermatozoides del hombre, como de los óvulos y el sistema reproductor de la mujer; de tal suerte que, si una persona en lo individual o una pareja del mismo sexo quieren procrear, pues no podrían lograrlo de manera natural y no sería derivado de la esterilidad.

Ahora, si bien ya ha quedado claro que la esterilidad se estudia en parejas heterosexuales, es necesario establecer que dicha esterilidad puede derivarse de

algún problema de salud que afecte a la mujer, al hombre o a ambos. Es por ello que también es posible diferenciarlos como esterilidad femenina y esterilidad masculina.

Esterilidad femenina

La esterilidad femenina se presenta cuando la mujer no puede embarazarse, derivado de alguna anomalía en el proceso reproductivo. Es decir que, para que una mujer se pueda embarazar, de manera natural, tuvo que haber creado un óvulo en condiciones de ser fecundado; haber permitido que algún espermatozoide haya ingresado en su aparato reproductor y que aquel logre fecundar al óvulo, mismo que, una vez fecundado y convertido en embrión, deberá viajar desde la trompa de Falopio en la que se encuentra, hasta el útero, donde tendrá que implantarse para, finalmente, alojado en el endometrio, continuar con su desarrollo durante un tiempo aproximado de nueve meses. Si después de haber iniciado este proceso no consigue embarazarse, se estaría ante la presencia de una esterilidad femenina (Pérez y Rodríguez, 2015).

Asimismo, de acuerdo con las autoras en comento, pueden existir diferentes factores que conducen a la esterilidad femenina, ya que estarían interrumpiendo el embarazo en alguna de las etapas del proceso reproductivo. A continuación, se describen estos factores:

- a) **Factor ovárico.** Este hace referencia a situaciones relacionadas con problemas en la estructura o el funcionamiento de los ovarios de la mujer, ya porque no se realice la función ovárica, ya porque la misma no esté realizando su labor adecuadamente, lo que pudiera impedir que la mujer cree óvulos sanos con capacidad para ser fecundados.
- b) **Factor tubárico.** Este hace referencia a problemas relacionados con las trompas de Falopio, ya que estas deben permitir el paso de los espermatozoides, a efecto de que puedan fecundar al óvulo y, una vez que ha sido fecundado, también le deben ceder el paso y ayudarlo a llegar hasta el útero. Entonces, si las trompas de Falopio no realizan su función correctamente, se interrumpirá el embarazo.
- c) **Factor cervical.** El factor en comento hace referencia a problemas relacionados con el cuello o cérvix. Si, cuando los óvulos se encuentran en su camino hacia

las trompas de Falopio, con la finalidad de lograr fecundar al óvulo, pero el cérvix les impide el paso, pues no lograrán su cometido; impidiendo así, el embarazo.

d) Factor uterino. Este factor hace referencia a problemas relacionados con el útero, lugar donde debe implantarse el embrión. Entonces, si éste no puede alojarse en las paredes del útero, en lo que se conoce como endometrio, o si el mismo no cuenta con la madurez y desarrollo necesario para albergar al embrión, no podrá implantarse, con lo que se interrumpirá el embarazo.

Como se puede apreciar, al menos se conocen cuatro factores que pudieran interrumpir o impedir un embarazo. Todos ellos están relacionados con el proceso que debe desarrollarse dentro del cuerpo de la mujer, por lo que su conocimiento y estudio podría ayudar a su posible solución.

Sin embargo, la esterilidad femenina no es la única causa de que una pareja heterosexual no logre procrear a otro ser humano. Como ya se había mencionado, la esterilidad afecta a los dos involucrados, de tal suerte que, los impedimentos derivados de un mal funcionamiento en el sistema de procreación masculino también son factores que deberán tomarse en cuenta.

Esterilidad masculina.

Para que se logre el embarazo de forma natural en una mujer, es necesario que un hombre logre colocar sus espermatozoides sanos en el fondo de la vagina de aquella y, para que esto sea posible, de acuerdo con Pérez (1995), deben suceder los siguientes procesos en el varón:

1. Debe lograr una erección en su miembro viril.
2. Debe lograr una eyaculación normal, dentro de la vagina de su pareja.
3. La eyaculación debe contener un aproximado de 12 millones de espermatozoides sanos, con capacidad de fecundar un óvulo.

Si alguno de estos elementos no se lleva a cabo, se estaría ante la presencia de una esterilidad masculina, misma que el autor en comento, clasifica de la siguiente manera:

a) Disfunción eréctil. Este factor hace referencia a problemas para lograr la erección del miembro viril ya que, si la misma no es suficiente para penetrar en la vagina de

su pareja, no se podrán depositar los espermatozoides en su interior y, si no hay espermatozoides dentro del órgano reproductor de la mujer, no se fecundará al óvulo; consecuentemente, no se producirá el embarazo.

- b) Aneyaculación.** Este factor hace referencia a una falta de eyaculación en el hombre, de tal suerte que, aunque exista la erección y el miembro viril se encuentre dentro de la vagina, si no se expulsa el semen que contiene a los espermatozoides, estos no podrán fecundar al óvulo y no se producirá el embarazo.
- c) Azoospermia.** Este factor hace referencia a la ausencia de espermatozoides, como componente del semen. Puede suceder que, aunque todo parece normal en virtud de que se depositó el semen al interior de la vagina, no se produzca el embarazo debido a la falta de espermatozoides que puedan fecundar al óvulo. Ahora, de acuerdo con el autor, existen dos tipos de azoospermia:
 - a. Azoospermia secretora.** Este tipo de problema se presenta debido a que no se crean espermatozoides dentro de los testículos del varón, lo que conlleva a la falta de estos dentro del semen.
 - b. Azoospermia obstructiva.** Este tipo de problema se presenta debido a una obstrucción en los conductos que unen a los testículos con el pene; por lo que, aunque si existan espermatozoides dentro de los testículos, ellos no podrán salir de allí y no estarán presentes en el semen.
- d) Oligoastenoazoospermia.** Este factor hace referencia a un bajo número de espermatozoides dentro del semen. Es decir, en una eyaculación que se considera normal, deben existir un aproximado de 12 millones de espermatozoides, por lo que, si este número es inferior, será muy probable que no se logre encontrar al óvulo y, debido a ello, no suceda la fecundación, concluyendo que no será posible el embarazo.
- e) Astenoazoospermia.** Este factor hace referencia a la baja movilidad de los espermatozoides ya que es necesario que los mismos se muevan a efecto de poder desplazarse con rapidez, desde la vagina hasta las trompas de Falopio, donde deberán encontrar al óvulo y fecundarlo. Entonces, aunque la eyaculación contenga un aproximado de 12 millones de espermatozoides, al tener una baja

movilidad, no se fecundará al óvulo y, consecuentemente, no se logrará el embarazo.

Como se ha podido apreciar, son múltiples los factores derivados de la esterilidad masculina que pueden impedir el embarazo. Todos ellos pueden ser considerados como una afectación de la salud reproductiva de los varones.

Así, los problemas de esterilidad que pueden afectar a hombres o mujeres o a ambos, dentro de una pareja heterosexual, deberían ser considerados como un problema de salud, el cual debe ser atendido a efecto de buscar soluciones a los mismos, con la finalidad de poder ayudar a que dichas parejas logren concebir un hijo.

1.1.3.2 Infertilidad

No solo la esterilidad puede ser la causa de que una pareja no logre concebir a un hijo, también puede ser debido a problemas de infertilidad que, al decir de Tozzini (1992), se presenta en aquellas parejas que sí han logrado la concepción, sin embargo, por alguna razón sus hijos no son viables; es decir, que no logran nacer vivos.

El término infertilidad se utiliza para designar al embarazo que es interrumpido en algún momento, en repetidas ocasiones. Es decir que, la infertilidad se concibe como la imposibilidad reiterada de llevar a término el producto concebido. En ese sentido, conviene hacer énfasis en que, si la interrupción se presenta en un solo embarazo, no será considerada infertilidad. Para ello es menester que este suceso sea una constante en cada embarazo de la pareja. Por lo anterior, diríamos que el concepto de infertilidad es: la imposibilidad constante, que se presenta en cada embarazo de la pareja, de llevar a término el producto concebido (Brugo et al., 2003).

Ahora que conocemos esta situación, convendría determinar por qué se presenta esta interrupción constante en los embarazos de una pareja heterosexual. En este sentido, Pérez (1995) considera que pueden ser muy variados los factores que producen la infertilidad, pero que, algunos de ellos podrían ser:

1. El estrés provocado por la vida acelerada que se lleva en las ciudades.
2. El uso indiscriminado de anticonceptivos.
3. Esperar a tener una edad avanzada para querer procrear.

El autor en comento señala que el 15% de la población mexicana presenta algún tipo de deficiencia en su capacidad reproductiva; porcentaje bastante elevado, por lo que debe tomarse en consideración, a efecto de encontrar una solución.

Derivado de tal situación, la ciencia médica ha buscado solucionar estos problemas de salud, haciendo uso de la tecnología disponible a su alcance, con el afán de lograr que las parejas puedan concebir a sus propios hijos. A las diferentes propuestas que han aportado se les denomina Técnicas de Reproducción Humana Asistida [TRHA].

1.2 Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida son un conjunto de métodos médico-quirúrgicos que tienen como objetivo la procreación humana en condiciones distintas a las naturales. En otras palabras, consisten en un grupo de técnicas biomédicas que sustituyen a los procesos naturales de fecundación (Garzón,2007). Es decir que, mediante este tipo de técnicas se pueden solventar algunos de los procesos naturales para que un espermatozoide fecunde a un óvulo. De hecho, a estas también se les conoce como técnicas de reproducción no coital, entendiendo que se hará uso de la tecnología disponible a efecto de sustituir el acto sexual para lograr la fertilización (Pérez y Rodríguez, 2015). Aunque, también se les podría concebir como aquellos medios a través de los cuáles el ser humano interviene artificialmente en el acto de la procreación (Cubillos, 2013). Por lo anterior, podríamos concluir que las TRHA son un conjunto de métodos y técnicas biomédicas que se utilizan en la reproducción humana no coital, la cual sustituye los procesos naturales de fecundación del óvulo, por otros que son artificiales.

Ahora, debemos inferir que estas TRHA han sido diseñadas para solucionar problemas de infertilidad, de tal suerte que estas parejas que la padezcan puedan concebir a sus hijos pese a tal padecimiento. Sin embargo, hay quienes sostienen que este tipo de técnicas no deben ser de uso exclusivo para aquellas parejas con problemas de salud, sino que en general deberían de estar al alcance de cualquier persona:

[...] si bien las TRHA han sido originalmente desarrolladas como respuesta o alternativa médica frente a la infertilidad de parejas heterosexuales que no podían acceder a la maternidad/paternidad por las vías "naturales" o "tradicionales", este

uso primigenio se ha visto ampliamente desbordado. Esto se debe no sólo a los avances científicos-tecnológicos, sino también a los cambios sociales y culturales en torno a los modos de entender y configurar familias y proyectos parentales (Bladilo et al, 2017: 25).

Como se puede apreciar, las autoras consideran que la sociedad actual ha cambiado el sentido del uso de las TRHA, en virtud de que ahora las familias ya no se componen exclusivamente de Papá, Mamá e hijos; sino que, actualmente las familias pueden estar conformadas por: papá e hijos, mamá e hijos, abuelos y nietos en calidad de hijos, parejas homosexuales con deseos de tener hijos, etc. Entonces, desde ese punto de vista y de acuerdo con estas autoras, las TRHA también deberían beneficiar a cualquier tipo de familia, ya que sería considerado como un derecho humano.

De este modo, se pasa de un paradigma exclusivamente médico o de salud en sentido restringido que entendía el acceso a las TRHA únicamente como un paliativo ante la infertilidad en parejas heterosexuales, evolucionando hacia una idea más amplia en dos sentidos: a) al entender que el derecho implica no sólo la salud física sino también la psíquica, cualquiera que sea la orientación e identidad sexual de la persona y b) al admitir que el derecho a la salud es sólo uno de los tantos derechos humanos que involucran las TRHA (Bladilo et al., 2017: 25).

Entonces, bajo esta nueva perspectiva, no sería necesario padecer un problema de infertilidad o esterilidad para tener el derecho de acceder a las TRHA, sino que, en virtud de la salud mental de las personas, sería posible que se les permita procrear, de manera no natural, mediante el uso de este tipo de técnicas. De hecho, el no permitirlo pudiera ser entendido como una forma de discriminación, o un exceso en el uso del poder del Estado, ya que estaría impidiendo o restringiendo el ejercicio de un derecho humano.

Parece una buena idea concebir el uso de las TRHA como un derecho humano, por lo cual no se haría necesario padecer de alguna enfermedad para encontrarse facultado en su uso. Un ejemplo muy práctico es el caso de las parejas del mismo sexo que desean procrear a sus propios hijos, pero en virtud de no poder embarazarse por medios naturales, podrían hacerlo mediante el uso de las TRHA y con ello formar una familia. Sin embargo, quizá sea importante considerar algunos límites al uso de estas

técnicas, a efecto de que no se violen o se pongan en riesgo los derechos de otras personas. Es decir, hay que hacer caso a la famosa frase atribuida al filósofo Jean Paul Sartre: "Mi libertad se termina donde empieza la de los demás". En este caso, hacer uso de nuestro derecho termina donde empieza el de los demás. O sea, yo puedo ser libre de usar las TRHA para obtener un beneficio propio, pero, si para ejercerlo debo transgredir el derecho de alguien más, entonces debo parar, pues ese sería el límite.

Existen diversas TRHA, sin embargo, solo se presentarán aquellas que se considera tienen una estrecha relación con la maternidad subrogada.

1.2.1 Inseminación artificial

La inseminación artificial es una técnica de reproducción humana asistida en la que el esperma se deposita en la vagina de la mujer a través de medios mecánicos que sustituyen al coito. Esta se debe realizar en los momentos previos a la ovulación. Se lleva a cabo con la finalidad de acortar el recorrido que hace el esperma hasta las trompas de Falopio y, con ello, generar que existan más espermatozoides capaces de fecundar al óvulo, aumentando las probabilidades de un embarazo (Herrero, 2012).

Como se puede inferir, la inseminación artificial sustituye a la relación sexual, pues de esta manera ya no se requiere que el miembro viril sea el que deposite el semen dentro del órgano sexual femenino, sino que, lo hará el ginecólogo con el instrumental especialmente diseñado para ello.

Sin embargo, esta técnica sólo sustituye, artificialmente, al depósito de semen con espermatozoides hasta el cérvix. Es decir que, una vez que estos sean colocados, deben continuar con su proceso natural para fecundar al óvulo, por lo que, sólo se resuelven algunos de los problemas de esterilidad masculina revisados con anterioridad.

Independientemente de lo que hasta ahora se ha comentado, en opinión de Pérez y Rodríguez (2015), la inseminación artificial no sólo puede ser intracervical, sino que, también pudiera ser de los siguientes tipos:

1. Intrauterina
2. Intracervical

3. Vaginal
4. Intraperitoneal
5. Intrafolicular

Así, la inseminación artificial podría solucionar algunos de los problemas de esterilidad femenina o algunos otros de la esterilidad masculina, permitiendo que naturalmente se fecunde el óvulo y de esta manera se continúe con todo el proceso natural de gestación hasta llegar al nacimiento del bebé.

1.2.2 Hiperestimulación ovárica controlada

En opinión de Pérez y Rodríguez (2015), la hiperestimulación ovárica controlada [HOC] tiene como finalidad, incrementar el número de óvulos que pudieran ser fecundados, por lo que se debe realizar una estimulación en los ovarios a efecto de que se produzcan varios óvulos a la vez.

Como tal, esta técnica de reproducción humana asistida va de la mano con otra: la fertilización in vitro [FIV]. Esto es así porque, al disponer de varios óvulos y lograr fecundarlos artificialmente, se podrían obtener diversos embriones y con ello tener una mayor seguridad de que el procedimiento alcance el embarazo deseado y el nacimiento del bebé anhelado.

Desde luego, esta técnica tiene relación directa con la técnica de maternidad subrogada pues de esta manera es como también se pueden obtener los embriones que posteriormente serán implantados en la gestante sustituta.

1.2.3 Fertilización in vitro (FIV)

Esta técnica de reproducción humana asistida que, al decir de Pérez y Rodríguez (2015), consiste en reproducir, con técnicas de laboratorio, el proceso de fecundación que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de Falopio. Es decir, tanto el óvulo como el espermatozoide se encontrarán fuera del cuerpo de la mujer al momento de que el espermatozoide fecunde al óvulo.

El procedimiento de la Fertilización In Vitro [FIV], para entenderlo clara y concretamente, se puede resumir como lo ha hecho Stanford Medicine Children's Health en su página web:

Con la fertilización in vitro (FIV), se recuperan óvulos (ovocitos) del ovario y se colocan en una caja de Petri con espermatozoides móviles y activos. Ya que la fertilización ocurre en la caja de Petri en vez del cuerpo de la mujer, este proceso se ha llamado "in vitro". Los óvulos y los espermatozoides se mantienen en un medio de cultivo especial (líquido nutritivo) en un ambiente controlado (incubadora). Si un óvulo fertilizado se desarrolla de manera apropiada, consistirá en 6 a 8 células 3 días después de haber recuperado los óvulos. Si un embrión continúa desarrollándose de manera apropiada, formará un blastocito a los 5 o 6 días después de haber recuperado el óvulo. Después de que los embriones se han desarrollado en el laboratorio de FIV durante varios días, se seleccionan uno o más para su transferencia al útero y si se están desarrollando embriones adicionales, se pueden congelar para ser transferidos en el futuro (Stanford Children's Health, 2021: s.p.).

Como se puede apreciar, la FIV es una técnica necesaria para que sea posible la maternidad subrogada, a efecto de poder procrear con el mayor porcentaje de logro.

1.2.4 Transferencia de embriones

La transferencia de embriones consiste en poder depositar óvulos fecundados, convertidos en embriones, dentro del útero de la mujer. Este procedimiento requiere que previamente se hayan fecundado los óvulos mediante la técnica de fertilización in vitro para que, posteriormente, uno o varios de ellos puedan ser introducidos, a través de la vagina, hasta el útero de la mujer que va a gestar al bebé (Pérez y Rodríguez, 2015).

Evidentemente, esta es una técnica necesaria para llevar a cabo la técnica de maternidad subrogada, ya que el embrión que se va a transferir puede contener el material genético de los padres de intención y la mujer gestante no necesita aportar su propio material genético.

1.2.5 Transferencia intratubaria de gametos

Esta técnica de reproducción humana asistida consiste en un procedimiento donde óvulos y espermatozoides tienen que ser previamente preparados en un laboratorio para, posteriormente, colocarlos dentro de las trompas de Falopio, con la finalidad que de manera natural se lleve a cabo la fecundación dentro del órgano reproductor femenino y se continúe con todo el proceso normal del embarazo (Pérez y Rodríguez, 2015).

En otras palabras, la transferencia intratubaria de gametos va un poco más allá de la inseminación artificial, en virtud de que no se implantarán sólo los espermatozoides, sino que también se implantarán los óvulos que recibieron tratamiento fuera del cuerpo femenino y masculino. Sin embargo, no llega a ser como la fecundación in vitro, pues la fecundación se llevará a cabo dentro del cuerpo de la mujer, de manera natural, a diferencia de la FIV en la que, la fertilización del óvulo se lleva a cabo fuera del cuerpo humano.

Como se puede inferir, esta técnica también es propicia para usarse en conjunto con la maternidad subrogada, pues los óvulos y espermatozoides de los padres de intención pueden ser implantados dentro del vientre de la mujer gestante a efecto de que la fertilización del óvulo y todo el proceso que le sigue hasta el nacimiento del bebé se lleve a cabo de manera natural dentro del cuerpo de aquella.

1.2.6 Donación de embriones

En relación con la donación de embriones, Pérez y Rodríguez (2015) comentan que, los embriones que sobraron después de que una pareja, que se sometió a alguna técnica de reproducción humana asistida, logra concebir, suelen donarlos, en el entendido de que, estos embriones podrán ser utilizados para ayudar a otras parejas a lograr la concepción.

Esto es así ya que, comentan los autores, aún no es posible criopreservar los ovocitos, pero sí es posible criopreservar los embriones obtenidos a través de la fertilización in vitro. Mediante la realización de esta técnica, es posible que en un futuro estos embriones se puedan utilizarse para el uso de alguna TRHA.

Finalmente, podemos concluir que lo que la criopreservación busca es que, el embrión se mantenga en un estado al que se le denomina “animación suspendida”, en el que se logran detener todos sus procesos biológicos durante un periodo de tiempo que pudiera ser largo o corto, según se necesite. Posteriormente, el embrión puede ser reanimado sin perder su capacidad que tiene para desarrollarse y lograr nacer vivo (Cabrera y Fernández, 2006).

1.3 La maternidad subrogada

1.3.1 Antecedentes de la maternidad subrogada

El primer acuerdo de maternidad subrogada, que se encuentra documentado, se llevó a cabo en Estados Unidos, en el año de 1976, según las investigaciones de Eleonora Lamm (2013), quien menciona que, en los primeros casos, la mujer gestante aportaba sus propios gametos, debido a que únicamente se hacía uso de la inseminación artificial que, como ya se verificó líneas arriba, sólo sustituye a la relación coital para que tenga inicio el proceso de la reproducción humana.

Sin embargo, continúa la autora, en 1984, se logró el primer caso de verdadera maternidad subrogada ya que, en aquella ocasión, la mujer gestante no aportó sus gametos. El hecho sucedió cuando los óvulos de una mujer que ya no tenía útero, fueron transferidos al cuerpo de otra mujer que sí lo tenía sano, por lo que esta pudo dar a luz a un niño con el que no tenía ninguna relación genética.

Con este hecho se logró consumir una verdadera respuesta a la infertilidad, pues médicamente se podría tener un hijo genéticamente propio sin que la mujer gestante tuviera que aportar sus óvulos. Fue así como los casos de maternidad subrogada se incrementaron.

La atención pública masiva sobre la maternidad subrogada se alcanzó a mediados de 1980, cuando tuvo lugar el primer caso a nivel mundial que versó sobre la problemática que esta técnica de reproducción humana asistida podría acarrear, el caso fue conocido como *Baby M*.

A grandes rasgos, comenta Eleonora Lamm (2013), que el caso *Baby M* fue protagonizado por la pareja Stern y la pareja Whitehead, en virtud de que el señor Stern convino con el señor y la señora Whitehead un contrato de maternidad subrogada. A la mujer gestante se le pagarían 10,000 dólares, más los gastos médicos.

De acuerdo con el contrato, la señora Whitehead sería inseminada artificialmente con el semen del señor Stern, procrearía al niño y lo entregaría a la pareja de los Stern. Además, renunciaría a todos los derechos filiatorios sobre el niño. También se convino que el apellido Stern aparecería en el certificado de nacimiento.

Una vez realizado todo el procedimiento nació una niña, el 27 de marzo de 1986. La pareja Stern permitió a la señora Whitehead permanecer con la niña, unos días adicionales a lo convenido, pero después, ella dijo que no entregaría a la niña a los Stern. Además, se negó a renunciar a la relación materno filial, para que la señora Stern pudiera adoptar a la bebé, como había sido pactado en el contrato original.

Los Stern acudieron a los tribunales y el caso fue resuelto por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey, quién determinó que, aunque el contrato de maternidad subrogada era ilícito, ello no sería un factor determinante en la disputa. El factor que determinaría la solución del caso sería el bienestar y el interés superior de la menor.

Luego de escuchar a varios peritos y testigos, y tomar en consideración varios elementos de la vida familiar de ambas parejas, incluyendo la capacidad de proveer un ambiente estable a la niña, el Tribunal le concedió la custodia permanente a William y Elizabeth Stern, permitiéndole luego, a la señora Whitehead, un derecho de visita.

Posteriormente al hecho en comento, surgieron manifestaciones que se oponían a esta práctica, toda vez que dar dinero por el préstamo del vientre, se entendería como un componente de comercialización y eso le agregaría un ingrediente negativo, lo que se consideró como moralmente desfavorable para la maternidad subrogada (Lamm, 2013).

En ese mismo sentido, podemos observar cómo un artículo de la Revista Ciencias Biomédicas realiza la siguiente afirmación sobre la participación de la mujer gestante en el contrato de maternidad subrogada:

La Organización Panamericana de la Salud (OPS) afirma que la mujer que actúa como madre subrogada apremiada por la dificultad de su situación económica y la de su familia, no establece una relación contractual entre iguales. Por el contrario, forma parte de una relación donde su participación es virtualmente eliminada, su consentimiento libre e informado, obviado y su único atributo valorado es su capacidad de servir de máquina para procrear, gestar y dar a luz. Así, este tipo de situaciones contiene todos los elementos que configuran una clara explotación de la mujer, como ser humano y como madre (Arteta, 2011: 94).

De lo anterior se desprende que, un contrato entre una mujer económicamente necesitada, que pueda prestar su vientre para gestar un hijo ajeno y una empresa que realiza la técnica de reproducción asistida, no sería entre iguales, en virtud de la necesidad de la primera. Por lo que, además, se advierte una posible explotación de la mujer, causando una violación a su derecho humano a la dignidad.

En ese sentido, también podemos leer a Puigelat, citado por Mariana Dobering, opinando que:

La prohibición de la maternidad por sustitución se ha justificado con diferentes argumentos. Los más frecuentes en su contra son: que es contraria a la dignidad de la madre y del hijo, que altera el orden natural, que entroniza la compraventa de los hijos, que puede dar lugar a la explotación de las mujeres pobres y que favorece sólo a las mujeres y parejas de las clases altas (Dobering, n.d.: 261).

Entonces, también es posible que la maternidad subrogada pueda ser considerada una práctica contraria a la dignidad de la madre y del hijo, por lo que se estaría en presencia de una clara explotación de las mujeres económicamente necesitadas.

En el caso de México, allá por el año 2016, el Senado de la República había aprobado una iniciativa de reforma a la Ley General de Salud, con miras a regular la maternidad

subrogada. Si bien es cierto que la iniciativa original prohibía la maternidad subrogada, el texto aprobado por ese órgano legislador, indicaba en el propuesto artículo 462 ter.

Por gestación subrogada se entenderá la práctica médica consistente en la transferencia de óvulos humanos fecundados en una mujer, producto de un espermatozoide y un óvulo de terceras personas. La gestación subrogada se realizará sin fines de lucro, habiendo un acuerdo entre las personas solicitantes y la mujer gestante, permitiendo la compensación de gastos médicos y otros derivados del embarazo, parto, post-parto y puerperio. La Secretaría de Salud regulará la gestación subrogada en las disposiciones jurídicas correspondientes (Senado de la República, 2016: s.p.).

Sin embargo, dicha iniciativa no fue aprobada en la Cámara de Diputados. Debido a lo anterior, aún no tenemos una regulación a nivel Federal, dejando en libertad de que las legislaciones de las entidades federativas puedan tomar decisiones totalmente opuestas al momento de legislar sobre la materia en comento.

En ese sentido, a nivel estatal sí han existido pronunciamientos legales sobre la maternidad subrogada. El primero de los Estados de la república mexicana en reconocer este tipo de contratos fue el Estado de Tabasco, tal como se comenta a continuación:

fue el estado de Tabasco el primero en legislar, y a través de su Código Civil, que regula tanto la maternidad subrogada como la sustituta, la reforma de 1997 opto[sic] por sustentar los acuerdos de maternidad subrogada y sustituta bajo la figura del contrato, sin embargo, en ese entonces el ordenamiento no especificaba las características esenciales de tales convenios y no existía ningún apartado o reforma en la sección de contratos del presente código. Lo que sí permitió fueron modificaciones en lo referente a derecho de familia en lo que se refiere al reconocimiento del derecho de los cónyuges a emplear cualquier método de reproducción artificial para lograr su propia descendencia. Pero como tal, generaba ciertas presunciones, una de ellas señalaba que cuando se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, solamente podrá ser reconocido por el marido de la pareja que haya realizado el contrato y no podrá nadie más reconocerlo a menos que lo desconozca o por medio de sentencia ejecutoria

mediante juez, lo cual nos enmarca que protege al producto después de haber sido concebido mediante método de reproducción artificial y reciba el reconocimiento por parte de la ley (Tosca, 2016: s.p.).

Así, el estado de Tabasco abrió las puertas para que se empezaran a realizar contratos sobre maternidad subrogada en su territorio y con ello iniciar la práctica de esta técnica de reproducción humana asistida, con todas las consecuencias que este tipo de prácticas pueden traer.

1.3.2 Concepto de maternidad subrogada

La técnica de reproducción humana asistida denominada “maternidad subrogada”, también puede ser conocida con diversos nombres, tales como: “gestación de sustitución”, “vientre de alquiler”, “gestación contratada”, “alquiler de útero”, “alquiler de vientre”, entre otros.

Ahora, independientemente del concepto que utilice cada autor para referirse a esta THRA, conviene conocer cómo es que se le conceptualiza, a efecto de tener una idea más clara sobre el contenido de dicho concepto.

Para Carlos Lema Añón, la maternidad subrogada o gestación por sustitución consiste en lo siguiente:

[Es el] acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre (Lema; citado en Pérez y Rodríguez, 2015: 44).

De igual forma, podemos encontrar otros conceptos, como el que nos comparte Coleman, determinando que,

la maternidad subrogada es una aplicación nobel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La gestante es una mujer fértil que conviene que, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar el niño y darla a luz o procrearla. Una vez nacido el niño, la gestante o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y,

además, termina todos sus derechos de filiación sobre el niño para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte (Coleman: citado en Lamm, 2013: 22).

En otra concepción, proporcionada por Brazier, se define a la maternidad subrogada como *“la práctica mediante la cual una mujer lleva un embarazo para otra/s persona/s como resultado de un acuerdo, previo a la concepción, de que el niño debe ser entregado a esa/s persona/s después de nacer”* (Brazier; citado en Lamm, 2013: 23).

Del mismo modo, Gómez Sánchez considera a la maternidad subrogada de la siguiente manera:

se llama maternidad subrogada, gestación de sustitución o alquiler de útero al acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder los derechos sobre el recién nacido en favor de otra mujer que figurará como madre de éste (Gómez; citado en Lamm, 2013: 23).

Como se puede apreciar, aquí se resalta la cesión de derechos que debe realizar la mujer gestante sobre el niño recién nacido, para que una mujer que no dio a luz al bebé sea considerada como la madre del mismo. Es decir, más allá de la técnica médica que permita biológicamente que una mujer lleve en su vientre al hijo de otra mujer, lo que se hace relevante es el pacto o contrato que permitirá dar efectos legales a ese acto jurídico.

Una enunciación bastante corta es la que ha realizado el informe Warnock de Reino Unido, considerando a la maternidad subrogada como *“la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”* (Lamm, 2013: 23).

De esta dilucidación, aunque corta, llama la atención el hecho de que se determina como la entrega del niño después de que nazca, como si de un objeto se tratara. Que al término de la producción debe ser adjudicado a quien haya pagado su justo precio. Desde otro punto de vista, al utilizar el término “entregar” se quiere hacer énfasis en que la mujer gestante no puede tener derecho alguno sobre el humano que se

estuviere gestando dentro de su cuerpo y al cual pudiera dar a luz en un momento determinado.

Existen otras definiciones que buscan abarcar más posibilidades sobre las que pudiera recaer esta forma de reproducción humana asistida, entre ellas tenemos la que ofrece Pérez Monge, y que considera a la maternidad subrogada:

como aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino o femenino) (Pérez; citado en Lamm, 2013: 24).

Ésta, considero que es una definición más completa, pero no por ello dejaremos de analizar algunos de sus elementos, como el hecho de que nuevamente se hable de un “contrato”, el cual puede ser a título gratuito o a título oneroso, como cualquiera de los contratos que prevé nuestra legislación mexicana. Además, hace referencia a que la mujer aporta “únicamente” la gestación o también su óvulo, es decir, al hacer uso de este término pareciera como si el hecho de gestar a un ser humano en el vientre de la mujer fuera cualquier cosa, o algo insignificante. Finalmente, se puede destacar que hace referencia a que los padres de intención pudieran ser: una persona sola o una pareja, casada o no, y no especifica si esta pareja pudiera ser de personas del mismo sexo o de sexos opuestos.

Una tesis más, que también nos aporta Eleonora Lamm, citando a Vela Sánchez, considera que la maternidad subrogada es un “*fenómeno social -en pleno proceso de expansión- 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*” (Lamm, 2013: 24).

Aquí podemos observar algo poco usual, pero que llama la atención. El autor hace mención sobre el hecho de que la maternidad subrogada es un “fenómeno social”; es decir, lo asume como un hecho, como algo que ya está sucediendo en la sociedad.

También deja entre ver que el bebé podría ser entregado a una persona o varias, sin especificar el sexo de esta o estas.

Otra definición que incursiona en los elementos del concepto sobre maternidad subrogada, lo encontramos en un documento avalado por la Organización Mundial de la Salud (OMS), que se expresa en los siguientes términos,

La maternidad subrogada, calificada como una técnica de reproducción asistida, se da cuando una mujer lleva el embarazo y da a luz a un bebé que, genética y legalmente pertenece a otros padres. La gestante subrogada es, por tanto, la mujer que, de común acuerdo con una persona o pareja (padre y/o madre intencional), acepta que se le transfiera a su útero el embrión previamente engendrado, con el fin de quedar embarazada de dicho embrión, gestarlo a término y dar a luz en sustitución de la mencionada persona o pareja (UC3MUN, 2016: s.p.).

Se considera que esta enunciación va más allá de lo que hasta ahora se había visto, pues exalta el hecho de que una mujer gestará al ser humano que “legalmente” pertenece a otros padres. También hace referencia a que la mujer gestante dará a luz a un bebé en sustitución de otra u otras personas, como si dar a luz o gestar un bebé fueran cosas tan simples de sustituir, como si alguien padeciera un dolor de muelas en sustitución mía, por poner un ejemplo. Pareciera que la capacidad de gestar a un bebé fuera algo que no tiene mayor problema, minimizando todos los riesgos que conllevan para la mujer gestante el hecho de quedar embarazada.

Después de una amplia visión sobre las distintas definiciones que se han podido observar sobre la maternidad subrogada, se podría concluir que todas ellas tienen algunos elementos en común y que con ellos se podría realizar una definición propia. Los elementos para considerar son: técnica de reproducción asistida, mujer gestante, humano comitente, acuerdo, gratuito u oneroso, renuncia o cesión a los derechos sobre el humano gestado en su cuerpo.

Así las cosas, una definición propia podría ser: se llama maternidad subrogada a la técnica de reproducción humana asistida en la que interviene una mujer fértil que,

mediante un acuerdo legal, decide gestar en su vientre a un ser humano que no será su hijo y que al nacimiento renunciará a cualquier derecho sobre éste, en favor de aquella persona con quien realizó el acuerdo, pudiendo existir una contraprestación económica o no.

Finalmente, concluimos, con información de Rodríguez y Martínez (2012), que la maternidad subrogada es un tópico que puede ser abordado desde dos puntos de vista distintos:

1. Desde el punto de vista médico-científico, se puede entender como una técnica de reproducción humana asistida (TRHA) en la que, mediante otra TRHA denominada, fecundación in vitro (FIV), se fecunda al óvulo de una mujer fuera de su vientre (en un laboratorio), para, posteriormente, ser implantado en el vientre de una mujer distinta a la que quiere ser madre, a efecto de que el bebé pueda desarrollarse dentro de ese vientre hasta su nacimiento, momento en el que el recién nacido deberá entregarse a los padres de intención (Bayonas et al, 2021).
2. Desde el punto de vista legal, la maternidad subrogada puede ser considerada como un contrato mediante el cual una mujer acuerda quedar embarazada, mediante una TRHA, de un bebé que no es suyo, durante todo el periodo de gestación hasta el nacimiento, momento en el cual se obliga a entregar al recién nacido a los padres de intención, cediendo todos los derechos que pudieran generarse sobre el menor, en favor de los padres de intención, pudiendo tener contraprestación económica o no.

1.3.3 Tipos de maternidad subrogada

De acuerdo con Eleonora Lamm (2013), existen dos modalidades de maternidad subrogada: la tradicional y la gestacional.

- A. Maternidad subrogada por sustitución tradicional.
 - a. Esta modalidad se caracteriza porque la mujer gestante aporta sus propios gametos y el semen puede proceder, ya del padre comitente, ya de un donante.

- b. Se puede observar que, en esta modalidad, la (s) persona (s) comitente (s) pudiera carecer de cualquier vínculo genético con el humano que se gestará en el vientre de una mujer y del cual se espera que nazca.
 - c. Para lograr iniciar la gestación se hace uso de la inseminación artificial y así lograr que la mujer gestante se embarace, no obstante, también podría recurrirse a formas más tradicionales como el sexo. Hay que señalar que en este último caso no es necesaria la participación del personal de salud y, se supone que la participación del Estado también está fuera.
- B. Maternidad subrogada gestacional.
- a. Esta modalidad de maternidad subrogada es en la que la mujer gestante no aporta sus óvulos y son las personas comitentes quienes se encargan de aportar los gametos, que pudieran ser propios o ajenos.
 - b. Aquí sí es forzosamente necesario que se realice la fertilización in vitro, con la evidente participación del personal de salud y, por ende, también se requiere la participación del Estado.

Por su parte, Dina Rodríguez (2015), realiza una clasificación distinta sobre los tipos de maternidad subrogada, denominándoles técnicas, y que se mencionan a continuación:

1. Gestación sustituta o subrogada. Este tipo de gestación se lleva a cabo mediante la implantación de un óvulo fecundado en el vientre de una mujer que se hará cargo de la gestación del futuro humano hasta que éste nazca. Posterior a ello renunciará a cualquier derecho que pudiera surgir con el bebé, todo ello en favor de las personas comitentes.
2. Maternidad compartida. Esta técnica tiene lugar cuando la mujer gestante acepta ser inseminada con el esperma del padre comitente, es decir que la mujer aportará su propio óvulo, gestará al futuro humano hasta que nazca y posteriormente a ello, renunciará a cualquier derecho que pudiera surgir con el bebé, todo ello en favor de las personas comitentes. Lo cual en este caso es más grave que el anterior, pues genéticamente el bebé es hijo de la mujer gestante.

3. Maternidad sustituta comercial. Esto es, cuando una mujer decide embarazarse en lugar de otra, como si de un servicio se tratara y por el cual se le pagará una cantidad cierta y determinada, más los gastos derivados del embarazo y nacimiento del menor.
4. Maternidad sustituta altruista. A diferencia de la anterior, en este caso la mujer decide embarazarse por cuenta de otra de manera totalmente gratuita. Esto sucede porque existe algún tipo de lazo afectivo o de parentesco.

Como se puede observar, independientemente de que hemos presentado dos clasificaciones, lo cierto es que siempre se plantea la posibilidad de que la mujer gestante aporte sus propios óvulos y, derivado de esta situación, también se contempla la posibilidad solicitar una remuneración económica a cambio. De tal suerte que, cabe la posibilidad de pensar en la venta de material genético y/o la prestación de un servicio que incluye el uso de todo el cuerpo de la mujer gestante.

1.3.4 Personas que intervienen en la maternidad subrogada

Una vez que se han conocido tanto el concepto como los elementos que componen a la maternidad subrogada, se está en posibilidad de identificar a cada una de las partes intervinientes en este proceso, a efecto de poder estudiar en qué consiste su participación dentro del mismo.

- A. Padres comitentes o de intención. Son llamados padres comitentes o padres de intención, quienes tienen el deseo de procrear, pero generalmente, por cuestiones de infertilidad, no pueden hacerlo por ellos mismos. Sin embargo, como, derivado de la forma en que se componen las familias actuales, en las que ya no se sigue la forma tradicional de papá, mamá e hijos; ahora, hay quienes consideran que el derecho a formar una familia es de todas las personas, sin importar si están solteras o casadas; si quieren formar una familia de un solo progenitor o si la pareja de intención es del mismo sexo. Así, derivado de todas las situaciones actuales se desprende que los padres comitentes podrían ser: un hombre solo, una mujer sola, una pareja de hombre y mujer (casados o no), una pareja de hombres (casados o no), o una pareja de mujeres (casadas o no).

- B. Mujer gestante. Como ya se ha analizado, también puede recibir los nombres madre sustituta o madre subrogada. Esta debe ser una mujer fértil que acepta gestar a un hijo ajeno, manifestando su libre voluntad de hacerlo mediante la firma de un contrato de maternidad subrogada. Debe permitir el implante de un embrión humano en su útero, o bien que sea inseminada artificialmente con el semen de un hombre que no es su pareja, material ni legalmente, y procrear un hijo. También se compromete a que, al momento de que el bebé nazca renunciará a sus derechos maternos filiales sobre el menor para que sea reconocido por quien le contrató, es decir, los padres de intención o comitentes.
- C. Bebé gestado. Es importante tomar en cuenta que, aunque al inicio del procedimiento el bebé gestado no es tomado en cuenta para la celebración del contrato de maternidad subrogada, no hay que dejar de lado que se tratará de un ser humano y que por ello contará con derechos que le son inherentes. En ese sentido el Estado tendrá que vigilar y proteger los derechos humanos del recién nacido, como el derecho a la identidad, a tener padres y a pertenecer a una familia. Claro que también se debe tomar en cuenta su derecho a ser tratado como humano y no como una mera mercancía.
- D. El Estado. Este es el encargado de regular la conducta humana mediante la imposición de la ley y, cuando surgen prácticas como ésta, que salen a la luz gracias a los avances tecnológicos, está obligado a regular o prohibir dichas conductas, a efecto de mantener el interés general y la vida social pacífica. Además, debe respetar y proteger los derechos humanos de todas las personas que intervengan en el proceso, a efecto de evitar que sufran un menoscabo en su esfera jurídica.
- E. Empresa de inseminación. Para que este proceso se lleve a cabo existen numerosas empresas que se encargan de contactar a los padres comitentes y a la mujer gestante, así como de realizar el contrato por el cual la mujer gestante renunciará a los derechos maternos filiales con el recién nacido. Generalmente estas empresas buscan países en donde les permitan llevar a cabo dichas prácticas, ya que no está permitido en todo el mundo. Además, la empresa será la encargada de llevar a cabo todo el procedimiento, desde la inseminación hasta el

nacimiento y los cuidados de la mujer gestante después del parto, así como la entrega del recién nacido a los padres de intención.

- F. Contrato o acuerdo. Si bien el contrato no es una persona, sí es una parte importante durante todo este proceso, ya que de él depende si se estarán protegiendo los derechos de todas las partes que intervienen en el mismo. Se trata de un convenio o acuerdo de voluntades que se realiza entre los padres comitentes o de intención y la mujer gestante. El acuerdo puede ser oneroso o gratuito y suele incluir los gastos del embarazo y el nacimiento del bebé. También debe incluir todos los gastos relacionados con las posibles complicaciones del proceso y cubrir las pérdidas o enfermedades que pudieran presentarse con motivo del procedimiento a realizar.

Como se ha podido apreciar, son varias las partes intervinientes en el proceso de maternidad subrogada. Cada una de estas tiene sus propios intereses, valores, derechos y responsabilidades. Sin embargo, no se tiene que perder de vista la figura del Estado, quien está obligado a respetar y proteger los derechos de las personas, a efecto de que podamos vivir en armonía y socialmente en paz.

En el siguiente apartado, se analizarán los derechos a los que se ha hecho mención, para una mejor comprensión de todos los que están en juego al momento de llevar a la práctica una técnica de reproducción humana asistida que, si bien puede ser moralmente juzgada, también tiene que ser jurídicamente analizada y, en su caso, concienzudamente legislada.

1.4 Los derechos humanos

La Secretaría de Gobernación en México, a través de la Comisión de Igualdad y Derechos Humanos del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, nos ofrece el siguiente concepto de derechos humanos, sosteniendo que:

Son el conjunto de derechos y libertades fundamentales para el disfrute de la vida humana en condiciones de plena dignidad, y se definen como intrínsecos a toda persona por el mero hecho de pertenecer al género humano. Estos derechos, establecidos en la Constitución y en las leyes, deben ser reconocidos y garantizados por el Estado (Secretaría de Gobernación, n.d. a: s.p.).

En consecuencia, se observa que los derechos humanos son considerados como libertades que todos los seres humanos poseemos de forma inherente. Además, el Estado se encuentra obligado a reconocerlos y garantizar su respeto. Así, contamos con un primer acercamiento al conocimiento de lo que se debe entender cuando hacemos referencia a estos derechos, ya que plantearlos como libertades implica que todos los humanos, sin distinción, tenemos la facultad de realizar o no, algo y, que no se nos puede prohibir llevarlo a cabo. Luego, el primero que debe respetar esa libertad es el propio Estado, teniendo, además, la obligación de hacer que los otros humanos se abstengan de impedirnos realizar esa actividad o, de crear las condiciones necesarias para llevarla a cabo.

Por su parte, la Organización No Gubernamental (ONG), Amnistía Internacional España, conceptualizan a los derechos humanos de la siguiente manera:

Los derechos humanos son derechos y libertades fundamentales que tenemos todas las personas por el mero hecho de existir. Respetarlos permite crear las condiciones indispensables para que los seres humanos vivamos dignamente en un entorno de libertad, justicia y paz. El derecho a la vida, a la libertad de expresión, a la libertad de opinión y de conciencia, a la educación, a la vivienda, a la participación política o de acceso a la información son algunos de ellos (Amnistía Internacional, 2023: s.p.).

Nuevamente, vemos que se les considera como libertades fundamentales atribuidas a todos los seres humanos. Sin embargo, se agrega la explicación sobre la necesidad de su respeto: creando condiciones de vida digna para todos. También se mencionan algunos ejemplos a efecto de tener una visión general de lo que son estos derechos. Esto es muy conveniente ya que así el conocimiento no queda en abstracto, sino que tienen una razón de ser muy clara: vivir dignamente en paz. Situación que ha sido considerada por algunos juristas como la finalidad de existencia del Estado. Por ello, debemos conocerlos y exigir su respeto.

A su vez, la Comisión Nacional de Derechos Humanos [CNDH] en México, conceptualiza estos derechos de la siguiente manera:

Los Derechos Humanos son el conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona. Este conjunto de prerrogativas se encuentra establecido dentro del orden jurídico nacional, en nuestra Constitución Política, tratados internacionales y las leyes (CNDH, 2023a: s.p.).

Aquí se percibe cómo la CNDH los considera como prerrogativas, lo que significa que son un privilegio que el Estado les concede a los seres humanos, teniendo su fundamento en la dignidad humana. Estos son considerados como fundamentales para nuestro desarrollo integral por lo que están plasmadas dentro de la Constitución, tratados internacionales y demás leyes de nuestro sistema jurídico. Esta última observación tiene mucho sentido, pues de esta forma nos tenemos que hacer conscientes de que, al estar plasmados en las leyes, podemos exigirle al gobierno que se nos respeten.

Además, estas prerrogativas son inseparables de los humanos y no debe existir ningún tipo de distinción en las personas, ya que todos los seres humanos somos iguales y merecemos el mismo respeto, independientemente de nuestras creencias, condiciones económicas u orígenes. Son universales y se encuentran garantizados por la Constitución. Estos derechos, inicialmente fueron plasmados en tratados internacionales de los que ahora el Estado mexicano se hizo parte y, por ende, también se obliga a tomar diversas medidas para su protección y promoción (CNDH, 2023a).

Derivado de lo anterior, todas las autoridades mexicanas tienen la obligación de respetar, promover, garantizar y proteger los derechos humanos que están plasmados en nuestra Constitución y en los tratados internacionales de los que nuestro país sea parte; siempre en favor de los individuos.

Así mismo, hay que saber que los derechos humanos son inalienables. Es decir, que no se puede negociar su respeto. Sin embargo, sí podrían restringirse en el caso de que un tribunal jurisdiccional determinara que el individuo en cuestión fue responsable de la comisión de un delito que merezca tal pena.

Los Estados que han firmado los tratados internacionales sobre derechos humanos asumen las obligaciones y los deberes, de respetar, proteger y realizar los derechos

humanos. Respetarlos significa que los Estados deben evitar interferir u oponerse a que alguien disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos. Protegerlos exige que los Estados realicen todas las acciones que consideren necesarias y suficientes para impedir que “cualquiera” transgreda los derechos humanos de los individuos y grupos. Finalmente, realizarlos significa que los Estados deben crear leyes y/o instituciones que faciliten el disfrute de los derechos humanos básicos.

La CNDH (2023a), considera que los derechos humanos están regidos por cuatro principios que deben ser observados por las autoridades a efecto de respetarlos, protegerlos y realizarlos correctamente:

1. Principio de universalidad. Indica que todas las personas sin distinción alguna poseen estos derechos, por lo que se considera muy relacionado a la igualdad y no discriminación, sin dejar de tomar en cuenta la equidad entre las necesidades de las personas. En este sentido, es importante recalcar que no importa la situación en que se encuentre una persona, igual posee derechos humanos y se le deben respetar.
2. Principio de Interdependencia. Indica que las autoridades están obligadas a respetar todos los derechos humanos que se encuentran protegidos por la Constitución y los tratados internacionales, pues todos ellos están ligados entre sí. En otras palabras, sin un derecho humano es transgredido, en realidad se transgreden todos al mismo tiempo.
3. Principio de Indivisibilidad. Indica que los derechos humanos no pueden dividirse. Es decir que no puede ser que sean respetados solo en una parte o que sean medio respetados, sino que deben ser respetados en su totalidad.
4. Principio de Progresividad. Indica que el Estado debe proteger el avance en el respeto a los derechos humanos. Por lo tanto, debe evitar que el respeto a ellos sufra algún tipo de retroceso o que se disminuya el nivel alcanzado.

Como se observa, es muy relevante conocer los principios que rigen a los derechos humanos, ya que su correcta observancia indica el acorde respeto a los mismos, en beneficio de todas las personas.

Ahora, para saber cómo fue que surgieron estos derechos, debemos conocer sobre la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Este es un documento que fue elaborado por representantes de diversas regiones del planeta, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en París en 1948. En él se establecieron por vez primera los derechos humanos que debían protegerse en todo el mundo. A partir de ahí se han celebrado más de setenta tratados sobre derechos humanos a nivel mundial (Naciones Unidas, 2023).

Esta declaración consta de 30 artículos en los que establecen los derechos humanos de las personas, tales como:

- Derecho a la libertad
- Derecho a la dignidad humana
- Derecho a la no discriminación
- Derecho a la vida
- Derecho de igualdad ante la ley
- Derecho al libre tránsito
- Derecho a formar una familia
- Derecho a la libertad de expresión
- Derecho a la educación
- Entre otros.

Es de especial relevancia el conocimiento de estos derechos humanos ya que, de conformidad con el artículo primero de nuestra Constitución, conforman la ley máxima de nuestro país.

Ahora, en aras de facilitar el estudio de estos derechos, algunos teóricos los han clasificado en generaciones. La sistematización actual es de tres generaciones, aunque algunos piensan que podrían ser más.

Referente a lo anterior, la propia CNDH (2023b) en México, expresa que las generaciones de derechos humanos se han realizado así con un propósito pedagógico, quedando de la siguiente manera:

1. En la primera generación se agruparon:

- a. Los derechos civiles.
- b. Los derechos políticos.
- 2. En la segunda generación se agruparon:
 - a. Los derechos económicos.
 - b. Los derechos sociales.
 - c. Los derechos culturales.
- 3. En la tercera generación se agruparon:
 - a. Los derechos que corresponden a grupos de personas o colectividades que comparten intereses comunes.

No obstante, también se menciona que en la actualidad es más común clasificarlos como:

- Derechos civiles,
- Derechos económicos,
- Derechos sociales,
- Derechos culturales y
- Derechos ambientales.

Lo anterior en virtud de que en los derechos humanos no existen niveles o jerarquías, pues todos tienen la misma importancia (CNDH, 2023b).

Por su parte, Magdalena Aguilar (1998), sostiene que la clasificación de los derechos humanos en tres generaciones se debe a la progresiva cobertura que han alcanzado los derechos humanos con el devenir del tiempo. En ese sentido, considera que estas generaciones fueron apareciendo debido a las circunstancias especiales de cada época en la que se instituyeron. Aquí, una recopilación de tales acontecimientos:

- Primera Generación. Nacieron de la Revolución Francesa como una reacción en contra del absolutismo del monarca de aquella época. Derivado de lo anterior, esta generación contempla los derechos civiles y políticos. Lo que se buscaba con ellos era imponer al Estado la obligación de respetar siempre estos derechos, como la vida, la libertad, la igualdad, etc. De forma resumida se puede decir que estos derechos defienden a la libertad como un valor del ser humano, limitando el

ejercicio del poder del Estado y garantizando la participación de los ciudadanos en la vida política del país.

- Segunda Generación. Se establecieron después de la aparición de la revolución industrial. Esta generación contempla derechos de tipo colectivo, los Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Estos derechos también buscan imponer al Estado la obligación de respetarlos, pero, además, promoverlos. De forma resumida se podría decir que esta generación defiende a la igualdad como un valor del ser humano, exigiendo al Estado condiciones de vida digna para todos por igual.
- Tercera Generación. Esta generación surge en nuestro tiempo en virtud de la necesidad de cooperación entre los diversos países y los grupos que los integran. Están constituidos por los derechos de los pueblos o de solidaridad. De forma resumida se podría decir que, esta generación busca defender la solidaridad como un valor del ser humano, promoviendo las relaciones pacíficas y constructivas entre los países y colectividades que los integran.

A pesar de que la mayoría de literatura puede identificar únicamente tres generaciones de derechos humanos, también existen aquellos que han marcado hasta cinco generaciones como es el caso de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México (CODHEM, s.f.), quien mencionan que la cuarta generación versaría sobre los derechos de los animales no humanos y en la quinta generación se encontrarían los siguientes derechos:

- Derecho de acceso a la informática.
- Derecho a la seguridad digital.
- Derecho de acceder al espacio de la nueva sociedad de la información.
- El uso del espectro radioeléctrico y de la infraestructura para los servicios en línea.

Así, independientemente de la cantidad de generaciones en las que se puedan clasificar los derechos humanos, lo cierto es, como lo ha expresado la CNDH en líneas anteriores, que no olvidemos que en estos derechos no hay jerarquías.

En otro orden de ideas, es importante mencionar que los derechos humanos también han sido llamados derechos fundamentales, pero que algunos teóricos han marcado diferencias necesarias para su correcta aplicación. Los derechos humanos en sí pueden ser considerados dentro de la corriente iusnaturalista en la que estos son anteriores al hombre y se encuentran por encima de los derechos y obligaciones que los Estados crean a través de sus leyes, por lo que, lo que deben hacer es reconocer estos derechos humanos a través de las normas positivas (González, 2017).

Por su parte, los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos que se encuentran reconocidos por algún documento jurídico. Es decir, son los derechos humanos positivizados (Carbonell, 2009).

Entonces, los derechos fundamentales, son derechos que pueden ser exigibles por los titulares de tales derechos, ya que se crea una relación jurídica entre un sujeto activo, un sujeto pasivo y una relación jurídica entre ellos. La calidad de cada sujeto depende de la titularidad del derecho en cuestión (Carbonell, 2009). Por ejemplo, en el derecho a la vida tendríamos que el sujeto activo es quien posee ese derecho y lo puede exigir. En ese sentido, el sujeto activo podríamos ser cualquiera de los humanos. Por su parte, el sujeto pasivo es aquel que está obligado a respetar el derecho fundamental del sujeto activo. En ese sentido, el sujeto pasivo podría ser el Estado mismo o cualquiera de los demás humanos. Finalmente, la relación jurídica entre ambos sujetos será el respeto al derecho a la vida.

Así, es posible observar que, para que un derecho humano pueda ser exigido por las personas, este debe ser plasmado en las normas jurídicas de los países, ya sea porque se adhieren al contenido de los tratados internacionales sobre derechos humanos, ya porque redactan estos derechos dentro de sus propias constituciones.

En adición a lo anterior, es importante mencionar que, legalmente sólo podrá ser exigido un derecho humano que se encuentra establecido en un documento legal y es reconocido por el ordenamiento jurídico del país en cuestión. Para el caso del Estado mexicano y de conformidad con el artículo primero Constitucional, todas las personas gozan de los derechos humanos que establece la propia Constitución y los tratados internacionales de los que México sea parte (CPEUM, 1917).

A este respecto, es importante mencionar que, de conformidad con el texto Constitucional en comento, los tratados internacionales, para ser reconocidos por nuestro país, deben ser firmados por el presidente de la República y ratificados por el Senado, tal como se estipula en los artículos 76 y 89.

Por lo anterior, para poder exigir el respeto a un derecho humano, este se debe encontrar redactado dentro de la propia Constitución o dentro de un tratado internacional sobre derechos humanos que el presidente de la república haya firmado y el Senado ratificado.

Para el caso de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", llevada a cabo por la Organización de Estados Americanos (OEA), nuestro país se adhirió a este tratado en 1981, haciendo las veces de ratificación (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1978a).

Dicho pacto es un tratado internacional sobre derechos humanos que contempla un total de 82 artículos en los que se recaban los derechos humanos que deben ser respetados por todos los países que lo han firmado y ratificado (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1978b).

A efecto de contar con una visión más amplia, el propio gobierno mexicano, a través de uno de sus órganos, ha publicado aquellos tratados internacionales sobre derechos humanos que se encuentran vigentes en las américas y que divide en dos sistemas: Sistema Universal y Sistema Americano. El primero hace referencia a todos los instrumentos mediante los cuales la ONU busca proteger los derechos humanos en todo el mundo, aproximadamente 18 tratados. El segundo, hace referencia al sistema de protección de derechos humanos promovido por la Organización de Estados Americanos [OEA], aproximadamente 8 tratados (Secretaría de Gobernación, n.d. b).

En el Sistema Universal contempla la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros. Por su parte, en el Sistema Interamericano se encuentran la Declaración Americana de los Derechos y Deberes

del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José” y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, entre otros.

Consecuentemente, solo basta recordar que, los derechos humanos que el Estado mexicano está obligado a respetar se deben encontrar plasmados en su propia Constitución o en cualquiera de los tratados internacionales ratificados por el Senado.

En otro orden de ideas, conviene hacer mención sobre la relatividad en cuanto al grado de satisfacción de los derechos. De acuerdo con Jesús Ángel Cadena (2020), en el sistema jurídico mexicano los derechos humanos pueden ser absolutos o relativos. Los primeros no pueden ser restringidos o limitados en ninguna circunstancia, como el caso del derecho de prohibición de esclavitud y el derecho a no sufrir tratos crueles, inhumanos o degradantes, tales como en la tortura; los segundos sí admiten restricciones, siempre que el fin se justifique de acuerdo con la propia Constitución, pudiendo darles cumplimiento gradual y relativo. Para lograr esto último, es necesario tomar en cuenta el grado de satisfacción del derecho en cuestión, cuando se encuentre en conflicto con otro de la misma categoría, jerarquía o fuente.

Lo anterior indica que la mayoría de los derechos humanos son relativos y que habrá que realizar una ponderación entre ellos cuando se encuentren en conflicto. Tal es el caso de la restricción al derecho de libertad que se puede imponer a una persona por haber cometido algún hecho ilícito. Por ello hay que analizar cada uno de los derechos que intervienen en el procedimiento de maternidad subrogada, pues derivado de los intereses de cada una de las personas que intervienen, existirán diversos derechos que podrían entrar en contradicción.

1.4.1 Derecho humano a la procreación

Este derecho implica la libertad que tiene cualquier persona para procrear. Ahora, si el derecho a tener hijos propios es un derecho humano, entonces se le puede exigir al gobierno que no impida, de manera alguna, que se puedan tener hijos propios haciendo uso de cualquiera de los medios que estén a nuestro alcance. Siempre y cuando, como ya se dijo, se respeten los derechos humanos de las demás personas.

En ese sentido, el doctor Aníbal Guzmán (1998), en su trabajo de investigación que utilizó para obtener el grado de doctor, encontró que no existía ninguna declaración específica sobre el derecho a procrear, pero consideró que tal derecho debe entenderse implícito en el derecho humano a fundar una familia, establecido en el artículo 16, fracción primera, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Incluso, menciona que existen opiniones en el sentido de que, *“el derecho a procrear no es un derecho humano, sino el ejercicio responsabilizado de la función procreativa”* (Guzmán, 1998: 97). Es decir, que el cuerpo humano realiza una función llamada procreación y al ejercicio responsable de esta es a la que llaman derecho a procrear.

Asimismo, existen autores que consideran que el derecho a la procreación está inmerso tanto en el artículo 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como en el artículo 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en virtud de que en ambos se establece el derecho a casarse y fundar una familia; comentando que estos artículos *“[...] se refieren a la libertad de procreación, toda vez que esta es la principal finalidad del matrimonio, que en principio se formará con la pareja y posteriormente, con la concepción de hijos [...]”* (González, 2017: 141). De acuerdo con este autor, la finalidad del matrimonio sería el procrear hijos, tesis que ya ha sido abandonada desde hace varios años, pues el matrimonio tiene otras finalidades y no solo la de procrear. Sin embargo, este autor consideraría que aquel matrimonio que no tuviera hijos no estaría cumpliendo con la finalidad principal de esta institución, situación que cae en el absurdo ya que existen varias razones por las cuales una pareja no pudiera tener hijos, algunas de las cuales ya fueron explicadas.

Independientemente de lo anterior, es necesario analizar con mayor profundidad el derecho a fundar una familia. En primer lugar, si la ley o el tratado internacional, firmado y ratificado por nuestro país, ha establecido que aquel es un derecho humano, significaría que nuestro gobierno no estaría facultado para restringir este derecho a sus gobernados, salvo que existiera una decisión judicial, debidamente fundada y motivada, que así lo determinara. En segundo lugar, en concordancia con el párrafo tercero del artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Estado tendría la obligación de proteger el derecho a fundar una familia,

evitando que algún particular tratara de impedir el ejercicio del derecho en cuestión, a otra persona. En tercer lugar, bajo este mismo enfoque, el Estado tendría la obligación de establecer leyes e instituciones que permitieran y alentaran el ejercicio del derecho humano en comento.

Ahora, toda vez que algunos autores sostienen que, el derecho a procrear deviene del derecho a fundar una familia, se torna imperioso determinar qué se debe entender por este derecho. Para realizar un primer acercamiento, podemos apoyarnos en una concepción tradicional de familia, como la expresada por Rossana Muga y otras, ya que consideran que, derivado del contenido del artículo 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se puede inferir que en él:

[...] se rescata el hecho considerar la idea del matrimonio libre entre varón y mujer como antecedente a la formación de una familia: hechos que son considerados como derechos, obviamente por la importancia no sólo para la persona, sino como beneficio para la sociedad (Muga et al., n.d.: 3).

En esta interpretación, se puede apreciar la inclinación a determinar que la familia solo puede ser instituida por un varón y una mujer, ya que la idea de matrimonio heterosexual es el antecedente necesario para la conformación de aquella. Es decir que, de conformidad con estas autoras, la familia sólo puede fundarse en pareja de sexos opuestos. En otras palabras, la familia debe ser entendida como ese grupo social conformado por papá, mamá e hijos.

No obstante, Ana Elena Badilla, sostiene que, *“este derecho opera de manera independiente del derecho al matrimonio. El derecho a fundar una familia no requiere la existencia de un matrimonio previo; o sea, puede estar o no fundada en un matrimonio”* (Badilla, n.d.: 111). Esto significa, de acuerdo con la autora, que es posible fundar una familia sin estar casados. Situación que tiene mucha relevancia en la actualidad ya que muchas parejas viven juntas, formando una familia, pero sin casarse; es decir, sin acudir con las instituciones gubernamentales que pudieran dar fe y legalidad de una unión de hecho.

Para complementar lo anterior, la misma autora menciona que, si bien es cierto que el Art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos determina que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad. También cierto es que:

No indica la Convención a qué tipo, o tipos, de familia se refiere. Aplicando el principio jurídico de que no se puede distinguir donde la ley no distingue, se debe entender que la Convención establece una protección general para todas las familias, independientemente de cuál sea su composición (Badilla, n.d.: 109).

En otras palabras, la autora sostiene que se debe entender que la familia puede estar compuesta de diversas formas y no existe una forma exclusiva o determinada de conformarla.

Aunado a lo anterior, Norma Cruz (2012), comenta que la familia en México tuvo una estructura de tipo nuclear muy rígida compuesta por el padre, la madre y los hijos, y que estuvo presente durante muchos años. Sin embargo, considera que derivado de las diferentes situaciones que se han vivido en los tiempos modernos, esta rigidez ha dejado de existir. Afirma que hoy en día *“la familia no necesariamente se conforma por quienes tienen una relación de parentesco, sino por quienes comparten lazos afectivos y las corresponsabilidades al interior del hogar”* (Cruz, 2012: s.p.).

También menciona que, anteriormente, a la familia se le concebía como un grupo de personas que cohabitaban y compartían una vivienda, pero, sobre todo, existía entre ellos algún lazo de parentesco. No obstante, menciona que en la actualidad se está presentando una tendencia creciente de grupos que comparten la vivienda, sin tener ese vínculo. Como podría ser el caso de aquellos migrantes que comparten una vivienda a pesar de no contar con estos lazos de consanguinidad, pero que aun así se consideran familia.

Esta autora comenta que, en el Censo 2020 se utilizó el concepto de hogar censal, definiéndose como *“la unidad formada por una o más personas vinculadas o no por lazos de parentesco, que residen habitualmente en la misma vivienda particular”* (Cruz, 2012: s.p.).

Derivado de lo anterior, ahora se sabe que el 87 por ciento de los hogares en México son familiares, y se estructuran de la siguiente forma:

- 71 por ciento de los hogares familiares son nucleares, integrados por mamá, papá e hijos; mamá o papá con hijos; o pareja sin hijos.
- 28 por ciento de los hogares familiares son ampliados, integrados por la familia nuclear, más otros familiares como tíos o abuelos.
- 1 por ciento de los hogares familiares son compuestos, integrados por una familia nuclear o ampliada y al menos una persona que no guarda parentesco con aquellos.

El 13 por ciento de los hogares en México no son familiares y de manera general se observó lo siguiente:

- 95 por ciento de estos hogares son unipersonales, integrados por una sola persona.
- 5 por ciento de estos hogares son corresidentes, compuestos por dos o más personas sin relación de parentesco con la o el jefe del hogar (Cruz, 2021).

Entonces, si tomamos como base el censo 2020 en México, para establecer que la familia es el grupo de personas que habitan en un hogar censal y con ello lograr inferir cómo se estructura aquella en nuestro país, tendríamos que la familia podría estar conformada por:

1. Una sola persona que habita un hogar censal.
2. Dos o más personas que habitan un hogar censal y que, además, guardan una relación de parentesco con el jefe de familia.
3. Dos o más personas que habitan un hogar censal y que no guardan una relación de parentesco con el jefe de familia.
4. Dos o más personas que habitan un hogar censal, pudiendo pertenecer a este grupo tanto personas que guardan relación de parentesco con el jefe de familia, como personas que no tengan esta relación.

De lo anterior se infiere que las familias en México no están formadas exclusivamente por parejas heterosexuales, unidas mediante la institución del matrimonio. También

queda claro que las familias no están compuestas exclusivamente por papá, mamá e hijos. Además, ha quedado manifiesto que las familias pueden estar integradas por personas que no tengan algún lazo de parentesco.

Entonces, en virtud de todo lo anterior, se puede observar que, el derecho a formar una familia o a contraer matrimonio, no implica el derecho a tener hijos; entendido este como una obligación para el Estado de crear todas las condiciones necesarias para que cualquier persona pueda procrear sin importar su edad o estado civil. Esto debido a que, como se ha podido apreciar, formar una familia y procrear son cosas distintas.

Por un lado, el derecho a contraer matrimonio se refiere a la posibilidad con la que cuenta todo ser humano de decidir con quién casarse. Mientras que, el derecho a formar una familia se refiere al derecho de todo ser humano a formar o ser integrante de una familia, compuesta por personas que guarden o no una relación de consanguinidad y que habiten en un mismo hogar.

En ese orden de ideas, se concluye que el derecho a la procreación no es derecho claramente establecido en los tratados internacionales sobre derechos humanos, sino que más bien sería una interpretación que se puede derivar de la conceptualización que anteriormente se tenía sobre los fines del matrimonio en relación con el derecho a formar una familia. Ya que se consideraba como fin de este, el engendrar hijos y con ello la creación de una familia. No obstante, tal situación ha cambiado, pues ya no se considera a la procreación como la finalidad de aquel, existiendo ahora matrimonios sin hijos. Lo mismo sucede con la familia, pues si bien es cierto que anteriormente se consideraba que esta se conformaba exclusivamente por papá, mamá e hijos, la realidad actual nos demuestra que ya no es así, pudiendo existir familias sin hijos, con un solo progenitor o, incluso, familias compuestas por personas que no mantienen una relación de parentesco.

Finalmente, si se aceptara la existencia del derecho a procrear, como aquel que deriva del matrimonio y del de fundar una familia, entonces tal derecho sólo pertenecería a las parejas, y estas tendrían que ser heterosexuales en edad reproductiva, en virtud de ser las únicas capaces de procrear de forma natural. Por lo anterior, las personas en lo individual, o las parejas del mismo sexo, o aquellas que ya no se encuentren en

edad reproductiva, no podrían exigir que el gobierno les permita hacer uso de las TRHA como una forma de procreación, ya que no contarían con tal derecho.

1.4.2 Derecho humano a la salud

Ahora es momento de analizar el derecho humano a la salud y su relación con la maternidad subrogada.

En primer lugar, podemos afirmar que, a diferencia del de procrear, el derecho humano a la salud sí se encuentra claramente establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Específicamente, se encuentra estipulado en el artículo 25, fracción primera, cuyo contenido se transcribe a continuación:

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad [...]. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1978a). [Énfasis añadidos]

Como se puede apreciar, el derecho humano a la salud se encuentra textualmente consagrado en el tratado internacional en comento. Es de notar que la salud y bienestar aparecen juntos en este texto, por lo que se considera necesario realizar un análisis sobre estos dos conceptos, a efecto de encontrar similitudes, diferencias o relación entre ambos, para lograr comprenderlos mejor.

En este sentido, la Organización Mundial de la Salud [OMS] ha redactado oportunamente un concepto en el que los relaciona a la perfección: “*La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*” (OMS, 2023: s.p.). Entonces, bajo esta concepción, la salud de las personas va más allá de la ausencia de enfermedades, ya que, para que una persona se considere saludable deberá encontrarse en un completo estado de bienestar, tanto físico, como mental y social.

Entonces, si consideramos que bienestar es el estado de la persona cuyas condiciones físicas y mentales le proporcionan un sentimiento de satisfacción y tranquilidad, podríamos inferir que el bienestar físico sí puede relacionarse con la ausencia de enfermedades y/o dolores en el cuerpo. No obstante, el bienestar mental y el social requieren de un análisis más profundo para lograr comprender su alcance.

Al respecto, la Comisión Nacional Contra las Adicciones (2022), menciona sobre la salud mental que: *“Es un estado de bienestar por medio del cual los individuos reconocen sus habilidades, son capaces de hacer frente al estrés normal de la vida, trabajar de forma productiva y fructífera, y contribuir a sus comunidades”* (primer párrafo). También menciona que la salud mental no se puede reducir a la falta de trastornos mentales. Entonces, podemos inferir que este tipo de salud consiste en sentirnos bien, siendo productivos en nuestro núcleo social y, por supuesto, sin trastornos mentales.

Por otra parte, con relación al bienestar social, la Organización No Gubernamental [ONG], Red Interagencial para la Educación en situaciones de Emergencia [INEE], considera que:

El bienestar social es un estado final en el que se cumplen las necesidades humanas básicas y las personas pueden convivir pacíficamente en comunidades con oportunidades de progresar. Este estado final se caracteriza por el acceso equitativo y la entrega de servicios básicos (agua, alimentos, refugio y servicios de salud), la provisión de educación primaria y secundaria, el retorno o reasentamiento de los desplazados por conflictos violentos y la restauración del tejido social y la vida comunitaria (INEE, 2023: s.p.).

Como se puede apreciar, este tipo de bienestar se alcanza al cumplir las necesidades básicas de las personas y viviendo en paz, con lo que ya tenemos una idea más clara de todo lo que implica este concepto.

En ese orden de ideas, debemos entender que el derecho a la salud debe comprender el bienestar físico y ausencia de enfermedades; el bienestar mental, sintiéndonos a gusto con nosotros mismos y con la sociedad; y, cumpliendo las necesidades básicas de las personas y viviendo en paz.

Comprendido lo anterior, analicemos los alcances de la salud como derecho humano. Al estar plasmado en un tratado internacional firmado y ratificado por nuestro país, en términos del artículo primero de nuestra Carta Magna, se convierte en ley máxima para nuestro Estado. En ese orden de ideas, de acuerdo con el párrafo tercero del artículo primero de nuestra Constitución, todas las autoridades de nuestro país están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar este derecho humano.

Entonces, bajo estas premisas, el Estado mexicano tiene la obligación Constitucional de no interferir o restringir el goce del derecho a la salud. Es decir, no puede prohibir a sus gobernados, alcanzar un completo estado de bienestar físico, mental y social. De igual forma, debe protegernos de que otras personas eviten que gocemos de este derecho. Además, el Estado asume la obligación de realizar este derecho humano; es decir, debe crear leyes e instituciones que tengan como finalidad que sus ciudadanos puedan alcanzar ese completo estado de bienestar físico, mental y social.

Después de este pequeño análisis, nos encontramos en posibilidad de realizar otro, pero ahora, sobre un caso hipotético: Una pareja heterosexual tiene el deseo de procrear hijos. Lamentablemente, tienen problemas de esterilidad y no han podido tener un hijo propio. Ellos escucharon que la medicina ha avanzado y ahora es posible engendrar un hijo en laboratorio y posteriormente gestarlo en el vientre de otra mujer, hasta su nacimiento. ¿Se les debe permitir hacer uso de este avance médico o se les debe prohibir? Analicemos:

Como se puede apreciar, la pareja de ejemplo padece de un problema de salud, mismo que les impide procrear, por lo que les mantiene en un estado de infelicidad emocional y social, derivado de su imposibilidad de alcanzar libremente sus deseos de tener descendencia. Entonces, toda vez que la salud es un derecho humano, el Estado debe procurar que el mismo sea alcanzable, proporcionando todos aquellos medios que permitan a la pareja alcanzar o recuperar su salud, física o mental.

Aquí entrarían todas las nuevas Técnicas de Reproducción Humana Asistida [TRHA] como la de maternidad subrogada. En este orden de ideas, se concluiría que, a la pareja del ejemplo, sí se les debe permitir hacer uso de los avances tecnológicos, pues el Estado se encuentra obligado a promover leyes e instituciones que permitan que las

parejas que padecen infertilidad o esterilidad puedan acceder a todas las TRHA existentes, a efecto de poder cumplir con sus sueños y con ello alcanzar el completo estado de bienestar.

Sin embargo, aquí surgen otras interrogantes: ¿sólo las parejas heterosexuales deben tener derecho al uso de la maternidad subrogada? Es decir, ¿una persona en lo individual, por ejemplo, no puede tener el deseo de ser padre o madre, sin tener una pareja? Lo anterior derivado del hecho de que, en la realidad, como se vio en el apartado anterior, sí existen personas solas con hijos, ya sean hombres o mujeres, y están formando familias. ¿Qué pasaría con el estado de bienestar emocional de la persona soltera que quiere tener hijos propios? ¿Acaso el Estado estaría vulnerando su derecho humano al no permitirle el acceso a las TRHA, en específico a la maternidad subrogada?

Como ya se había establecido, los derechos humanos son interdependientes y se encuentran interrelacionados todos entre sí, por lo que es posible considerar que el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad se encuentra ligado al de la salud, por lo que es importante tomarlo en consideración.

Por otra parte, el análisis sobre el derecho humano a la salud de las personas no es suficiente para determinar si los derechos humanos de la mujer gestante y el menor concebido bajo la técnica de maternidad subrogada, estarían siendo vulnerados.

Por lo pronto, se puede concluir que, con base en el derecho humano a la salud, el Estado sí estaría obligado a eliminar las leyes que impidan a las parejas heterosexuales acceder a las TRHA para lograr concebir hijos propios. Asimismo, también estaría obligado a crear las condiciones que favorezcan el uso de dichas TRHA, ya por medio de leyes, información sobre estas técnicas e instituciones que apoyen su implementación. Siempre y cuando, el ejercicio de este derecho no vulnere el derecho humano de otra persona.

1.4.3 Derecho humano a la dignidad

Continuando con los derechos humanos que podrían vincularse directamente con la maternidad subrogada, podemos encontrar el derecho humano a la dignidad. Este se

analizará a efecto de revisar si al momento de practicar la maternidad subrogada no se transgrede este derecho en perjuicio de la mujer gestante.

El derecho humano a la dignidad se encuentra plasmado en el artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, mismo que se transcribe aquí para una mejor comprensión:

*"Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en **dignidad** y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"* (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1978a: s.p.). [Énfasis añadidos].

Como se puede apreciar, todos los seres humanos poseemos la misma dignidad, somos iguales en ese derecho. Esto implica que, situaciones como la pobreza, la raza o la religión, no nos dan mayor ni menor dignidad. Todos somos igualmente dignos desde el nacimiento.

En ese mismo sentido, de conformidad con las Naciones Unidas *"La dignidad es la base de todos los derechos humanos. Los seres humanos tienen derechos que deben ser tratados con sumo cuidado, precisamente porque cada uno posee un valor intrínseco"* (Naciones Unidas, 2018: s.p.). Es decir que, de aquí partimos para poder ejercer todos nuestros demás derechos, es el inicio del ejercicio de todos aquellos derechos que poseemos por el simple hecho de ser humanos.

Sin embargo, a pesar de saber que es un derecho muy importante, tanto que así inicia el articulado de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aún falta saber en qué consiste, a efecto de poder determinar si de algún modo pudiera estarse vulnerando tal derecho mediante la práctica de la maternidad subrogada.

Una forma de arrojar un poco de luz sobre el tópico es atendiendo a la declaración de Jerry Campos (2007), ya que él sostiene que la dignidad humana constituye la suma de virtudes y atributos humanos. Haciendo un análisis de este concepto el autor cita a Kant quien conceptualizó la dignidad de la siguiente manera: *"Aquello que constituye la condición para que algo sea un fin en sí mismo, eso no tiene meramente valor relativo o precio, sino un valor intrínseco, esto es, dignidad"* (Kant, citado en Campos,

2007: 28). En otras palabras, esto quiere decir que los seres humanos no tenemos precio, tenemos dignidad; por lo que no podemos ser comprados o vendidos. Es decir, no podemos ser tratados como objetos para alcanzar un fin, pues los seres humanos somos el fin en nosotros mismos.

En ese mismo sentido, Campos (2007) menciona que la dignidad de la persona emana de su naturaleza, “*por se [sic] siempre sujeto de derecho y nunca instrumento o medio para un fin*” (Campos, 2007: 31). Esta observación tiene mucho que ver con el análisis que se realiza, ya que si la dignidad humana estriba en que siempre será sujeto de derechos y no puede ser utilizado como un instrumento o un medio para un fin, se estaría violando justo este derecho a la mujer gestante, en virtud de que se le utiliza como un medio para que los padres de intención alcancen la salud emocional al poder procrear hijos genéticamente suyos.

El autor en comento enfatiza el hecho de que “*se viola la dignidad humana cuando la persona es convertida en un objeto o se constituye como un mero instrumento para otros fines*” (Campos, 2007: 31). Entonces, recordando un poco el proceso que hay que seguir en la maternidad subrogada, la mujer gestante será quien lleve dentro de su vientre el hijo de otra persona que tiene la intención de ser padre o madre, pero que al final de la gestación, al momento del nacimiento, deberá entregar al recién nacido, renunciando a cualquier derecho que pudiera tener sobre el menor. En otras palabras, solo se recurre a ella para gestar el bebé de alguien más, lo que implica que se le esté utilizando como instrumento para producir humanos que no son suyos.

En un tenor similar se expresa Eleonora Lamm, al sostener que “*La dignidad es algo sustancial. Tan sustancial e inalienable es esta dignidad que nadie puede ser esclavo, ni tan siquiera por voluntad propia o por contrato*” (Lamm, 2017: s.p.). Esta afirmación se relaciona directamente con el hecho de que el ser humano no puede ser utilizado como instrumento para alcanzar un fin, ni aun por voluntad propia o mediante contrato, como sería el caso de la participación de la mujer gestante en el procedimiento de maternidad subrogada.

Por su parte, la Primera Sala de la Suprema Corte de la Nación [SCJN] en México, recientemente publicó la tesis jurisprudencial: 1a./J. 72/2022 (11a.), con Registro

digital: 2024772, con el rubro “ABORTO EN CASO DE VIOLACIÓN. EL ARTÍCULO 181 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE CHIAPAS, AL PREVER QUE NO ES PUNIBLE CUANDO SE VERIFIQUE DENTRO DE LOS NOVENTA DÍAS A PARTIR DE LA CONCEPCIÓN, ES VIOLATORIO DE LA DIGNIDAD HUMANA Y DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD DE LAS MUJERES”.

En esta jurisprudencia se hace la siguiente afirmación: “*La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo [...]*”. Es decir, que la dignidad humana no permite que las personas seamos tratados como objetos y, para el caso específico de las mujeres, ser receptáculos de algo, como podría ser el hecho de ser considerada como una máquina gestadora de bebés ajenos.

Ya en otra ocasión, la misma Primera Sala de la SCJN, había publicado la tesis jurisprudencial: 1a./J. 37/2016 (10a.), con Registro digital: 2012363, y con el rubro: “DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA”. En esta jurisprudencia, el órgano jurisdiccional sostiene que:

La dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta -en su núcleo más esencial- como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.

Se puede observar nuevamente, que la autoridad judicial sostiene que la persona humana no puede ser tratada como objeto ni cosificada, pues esencialmente a eso se refiere la dignidad humana, lo que equivale a decir que debemos ser tratados como humanos. Entonces, la mujer gestante, al igual que cualquier otro ser humano, tiene el derecho a ser tratada como un ser humano y no como un objeto que sirve únicamente para gestar bebés, incluso, como se escribió líneas arriba, aunque exista un contrato de por medio.

La dignidad humana es un derecho que debe ser respetado, protegido y realizado. El Estado y los particulares están obligados a respetar y proteger este derecho humano, pero, además, el Estado tiene la obligación de crear todas las condiciones necesarias para que pueda disfrutarse, al igual que todos los demás. En este sentido, debe crear leyes e instituciones que protejan el derecho humano en cuestión y que permita a las personas estar conscientes de su contenido y relevancia.

Sirva como corolario, la coincidencia con el razonamiento del doctor Rogelio López, quien sostiene que lo más importante de la dignidad humana es la no instrumentalización de la persona humana. Esto debido a que:

No cabe duda que el sentido que se le otorga a la dignidad de la persona humana es uno de los más polisémicos, complejos y heterogéneos que existen en la filosofía política, la antropología, la ética, pero sobre todo en la ciencia jurídica (López, 2018: 136).

Efectivamente, en Derecho es sumamente complejo determinar los alcances de un concepto tan importante como lo es la dignidad humana, ya que se deben tomar en cuenta los diversos puntos de vista que pueden coincidir al momento de crear una norma y luego al momento de interpretarla.

Por ello, comenta el Doctor López (2018), que el concepto de dignidad ha ido cambiando a lo largo de los años y las circunstancias de cada pueblo, pues incluso se llegó a considerar en el pasado que tener esclavos era percibido como un signo de honor.

Así, de conformidad con los estándares actuales sobre el contenido de la dignidad humana, que dicta que los humanos debemos ser tratados como tal y que, por lo tanto, estaría prohibido hacerlo de forma distinta, en específico como objetos o medios para alcanzar algo; la mujer gestante debería de ser protegida a efecto de no ser tratada como un simple objeto o máquina de gestación. Sin embargo, hay que recordar que los derechos humanos se interrelacionan todos entre sí, por lo que se tendría que valorar el derecho a la libertad y a la libre disposición del cuerpo que tenemos los seres humanos para que el análisis sea más completo.

1.4.4 Derecho humano a la libre disposición del cuerpo

Ahora toca el turno de analizar el derecho humano a la libre disposición de nuestro cuerpo. Esto relacionado con la libertad que pudiera tener una persona para decidir sobre su propio cuerpo, a efecto de utilizarlo como medio para que otra persona alcance la salud mental y social, en virtud de ser esa es la función que realiza la mujer gestante dentro de todo el proceso que conlleva la maternidad subrogada.

Empecemos por determinar qué se debe entender por el cuerpo humano, a efecto de comprender a qué nos referimos cuando decimos que estamos facultados para disponer de él. Una conceptualización podría ser la siguiente: *“El cuerpo humano es la estructura biológica, la carcasa, envase o continente del ser humano. Se trata del soporte anatómico de la noción jurídica de la persona humana”* (Varsi, 2019: 10). De este concepto, se deduce que el cuerpo humano nos contiene, estamos dentro de él, de tal suerte que sin él no existiríamos en el mundo material. Observando a nuestro cuerpo desde este punto de vista, tiene todo el sentido que se le deba proteger. Sin embargo, conviene analizar el derecho que tenemos a disponer de él, como algo que nos es propio.

En opinión de Varsi, disponer de nuestro propio cuerpo *“No es un derecho absoluto, sino relativo. Existen límites en su uso como es la vida, integridad y salud. Se trata de un derecho limitado por otros que funcionan de freno a efecto de no dañarlo”* (Varsi, 2019: 13). Entonces, de acuerdo con el autor, no podemos disponer libremente sobre el uso de nuestro cuerpo, ya que existen otros derechos que van a limitar su ejercicio, en virtud de un bien mayor.

En ese orden de ideas, la libre disposición de nuestro cuerpo no es un derecho absoluto: tiene limitantes. Inicialmente podemos analizar que este es un derecho atribuido a toda persona con capacidad de ejercicio, de tal suerte que las personas incapaces no pueden disponer libremente de su cuerpo, como en el caso de los infantes, por ejemplo.

También cabe hacer mención de que el cuerpo humano siempre es protegido por las leyes, ya sea el cuerpo de una persona viva o el cuerpo de aquel que ya murió. Por si

esto no fuera suficiente, la legislación también prevé la protección de las partes del cuerpo humano (Varsi, 2019).

En ese sentido, el autor Octavio Casa (1998), apunta que el derecho a la libre disposición del cuerpo humano se refiere a la capacidad de realizar y autorizar, de acuerdo con la ley, cualquier acto jurídico sobre nuestro cuerpo, incluidos entre ellos:

- La conservación de la salud.
- La conservación o modificación de la estética de nuestro cuerpo.
- La disposición de órganos y tejidos en favor de terceros.
- La disposición de células germinales.
- El derecho al cadáver.

Como se puede apreciar, existen varios tópicos sobre la disposición de nuestro cuerpo en relación con las normas jurídicas, que tienen que ver con partes de nuestro cuerpo, estando vivos o muertos. Por ello, podemos inferir que no es tan simple asegurar que algún acto que realicemos sobre nuestro cuerpo esté de acuerdo con el ejercicio del derecho humano que lo protege.

Al decir de Varsi (2019), la libre disposición del cuerpo estaría autorizada en los siguientes casos:

- Se salvaguarde la integridad física. Es decir, que se puede disponer libremente del cuerpo, siempre y cuando se preserve la salud e integridad de este.
- Sea respetuosa del orden público y las buenas costumbres. Es decir que podemos hacer con nuestro cuerpo lo que queramos siempre y cuando eso que hacemos con él no altere a la sociedad que nos rodea.
- Sea realizado en un estado de necesidad de orden médico, dirigido a recuperar la salud. O sea que, estamos autorizados a permitir que se nos quite una parte del cuerpo o a causarnos algún tipo de daño, siempre y cuando ese daño o mutilación tenga como fin último recuperar la salud o proteger la vida.
- Sean inspirados por motivos humanitarios en favor de terceros. Es decir que, la libre disposición de nuestro cuerpo permite que podamos realizar donación de

órganos, ya sea en vida o después de ella, en favor de terceros, para ayudarles a recuperar la salud o mantenerse vivos.

Desde este punto de vista, siguiendo a Varsi, la mujer gestante podría disponer de su cuerpo, si esta es inspirada por motivos humanitarios en favor de terceros: los padres de intención. Lo anterior, a efecto de ayudarles a recuperar la salud en su aspecto mental, pues tener un hijo con el que compartan material genético pudiera ser algo que les ayude a sentirse realizados como personas.

Aunado a lo anterior, la maestra Tamés (2020), considera que la decisión de embarazarse corresponde a la mujer, en virtud de valorarla como íntima, por lo que recaen en la autonomía de esta para decidir sobre su propio cuerpo. Lo que implica que solo ella puede determinar si quiere estar embarazada o no, por las razones que por sí misma resuelva. A pesar de esta afirmación, la propia autora se hace consciente del problema que implica la desigualdad económica para algunas mujeres en nuestro país, situación que pudiera sesgar su ánimo de embarazarse para el beneficio de alguien más.

Por otra parte, algunos autores consideran que la libre disposición del cuerpo se encuentra ligada al derecho humano a la dignidad, por lo que el libre ejercicio de aquella tiene que estar en concordancia con esta. En ese sentido existirían dos limitantes al ejercicio de la decisión propia a disponer libremente de nuestro cuerpo:

1. Cualquier acto de disposición física o jurídica, temporal o permanente, que suspendan o hagan imposible el ejercicio del propio derecho.
2. Cualquier acto de disposición física o jurídica, temporal o permanente que signifique un atentado contra la dignidad (Uría, 2020).

Es decir, que la única limitante que debemos observar en el ejercicio de este derecho es la salud de nuestro propio cuerpo; no pudiendo hacerlo si con ello lo afectamos al grado de perderlo. Al mismo tiempo, hay que considerar que no está jurídicamente permitido, disponer de él, si ello implica la autorización para que se nos trate como objetos o medios para alcanzar un fin.

Mercedes Uría (2020), sostiene que hay una enorme diferencia entre la donación de un órgano, como podría ser la de gametos, que consiste en el desprendimiento de un producto creado en su cuerpo, y la disposición de todo este. En el caso de la mujer gestante, ella debe hacer uso de todo su cuerpo, no solo de una parte, para lograr la anidación, gestación y parto.

Por lo anterior, menciona que:

[En] el caso de la disposición que una mujer hace de sí misma en el acuerdo de maternidad subrogada, no existe una afirmación de la dignidad humana, sino una objetivización de su persona y de la persona que habrá de gestar: se coloca en la posición de una maquinaria al servicio de un proceso que deberá entregar un producto que cumpla con las especificaciones deseadas por los comitentes. Implica la utilización del cuerpo y la psique para obtener un resultado que queda fuera de la vida de la mujer al entregar al ser humano, fruto de su vientre, a terceros en el contexto de una transacción. Se trata de actos negatorios de la dignidad en tanto cualidad del ser humano de ser fin en sí mismo (Uría, 2020: 62).

Como se puede observar, la participación de la mujer gestante dentro del proceso de maternidad subrogada va más allá de una simple donación de órganos que pudiera realizarse inspirada por motivos humanitarios en favor de terceros, pues en este caso se trata de la disposición del cuerpo completo, lo que le pone en calidad de objeto, contradiciendo su dignidad humana.

Si bien es cierto que la mujer es libre para decidir íntimamente si desea embarazarse o no, también es cierto que lo hará tomando en consideración sus propias necesidades, las cuales podrían ser: su deseo de ser madre, su deseo de ayudar a alguien o, su necesidad de obtener ingresos económicos. Ahora, ¿en cuál de estos casos el ejercicio de la libre disposición del cuerpo entra en conflicto con la dignidad humana?

Cuando una mujer decide embarazarse porque tiene el deseo de ser madre o formar su propia familia, nos encontramos ante el libre derecho que tiene para disponer de todo su cuerpo en aras de alcanzar otros objetivos y el ejercicio mismo de todos sus

derechos, sin entrar en conflicto con el derecho a la dignidad, al contrario, poder ser libre de ejercer este derecho es una prueba clara de que se le respeta como ser humano.

Sin embargo, cuando la decisión de embarazarse no es para satisfacer una necesidad propia, en relación con la reproducción humana, sino que, toma esta determinación con base en el deseo de ayudar a otra persona o pareja, para que estos satisfagan su deseo de tener un hijo, nos encontramos ante un conflicto en el ejercicio de los derechos de la mujer gestante: la libre disposición del cuerpo contra el derecho a la dignidad. Ya hemos establecido que la dignidad humana nos hace sujetos de derecho y que, por ello mismo, no se debe utilizar a una persona como medio o fin para que otra satisfaga sus propias necesidades, aunque aquella se ofrezca por voluntad propia. Ahora, si la mujer quiere embarazarse en beneficio de otros, como un acto sublime de altruismo; es decir, que tiene el deseo genuino de ayudar, porque la felicidad de aquellos genera felicidad en ella misma, impulsada por razones de amistad o pertenencia a una misma familia y, por ello, no existirá una remuneración económica, quizá la dignidad humana no se vea trastocada; aunque siempre será necesario que el Estado, garante de los derechos humanos, establezca medios que permitan verificar su correcta aplicación.

Finalmente, si una mujer decide embarazarse en beneficio de otra persona o pareja, para satisfacer sus necesidades económicas, no estaríamos ante un correcto ejercicio de la libre disposición del cuerpo, ya que, literalmente se estaría cosificando el cuerpo de la mujer a cambio de dinero, lo que evidentemente es contrario a la dignidad humana. No es posible concebir que una persona que se encuentra en la libertad de realizarse plenamente desee soportar todos los síntomas, padecimientos y riesgos de un embarazo, aunque le dieran dinero; a menos, claro, que se encuentre en una necesidad económica tal, que le haga considerar la posibilidad de obtener ingresos para satisfacer esas necesidades básicas de las cuales carece. Por ello, se especula que, al permitir legalmente el ejercicio de la maternidad subrogada, se estaría en flagrante contradicción con el derecho humano a la dignidad y consecuentemente con

nuestra Constitución; situación que el Estado no debe permitir, ya que es el encargado de impedir que estos derechos sean vulnerados.

1.4.5 Derecho humano al libre desarrollo de la personalidad

De conformidad con el Instituto de Estudios Legislativos, de la Cámara de Diputados Locales del Estado de México, este concepto fue utilizado por primera vez en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949, que en su artículo 2.1 establecía: *“Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden Constitucional o la ley moral”* (Instituto de Estudios Legislativos, 2015: 3).

Al parecer, esta norma alemana les facultaba a realizar todas las actividades que consideraran necesarias para su desarrollo personal, siempre y cuando se respetaran los derechos de las demás personas, establecidos tanto en las leyes jurídicas como en las leyes morales.

Así, para el Instituto de Estudios Legislativos de la Cámara de Diputados del Estado de México, el libre desarrollo de la personalidad *“es el atributo jurídico general de ser persona humana, atributo en el cual se incluyen todos los derechos y características indispensables al status jurídico de persona”* (Instituto de Estudios Legislativos, 2015: 4).

Entonces, básicamente podemos entender que, el libre desarrollo de la personalidad es un derecho que implica el poder ejercitar todos los otros derechos humanos que ya poseemos y, si tomamos en cuenta el concepto alemán, se podrían incluir todas aquellas libertades para hacer todo lo que consideremos necesario en aras de nuestro desarrollo personal, aunque no se encuentre establecido en una norma legal; claro, con las restricciones que se mencionaban en aquella ley alemana.

En ese tenor, se considera que el derecho al libre desarrollo de la personalidad *“es la facultad que cada individuo tiene para elegir autónomamente su forma de vivir”* (Hernández, 2018: s.p.), lo que implica que los individuos puedan decidir aspectos esenciales de su propia vida, tales como: *“su profesión, estado civil, pasatiempos,*

apariciencia física, estudios o actividad laboral y sólo está limitado por el respeto a los demás y el interés general” (Hernández, 2018: s.p.).

En adición a lo anterior, el derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra inmerso en los artículos 1, 22 y 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Es decir, que no existe un apartado explícito para este derecho. No obstante, queda claro que este derecho es necesario, pues justo realizando todos los demás derechos humanos se estaría permitiendo el ejercicio del derecho humano al libre desarrollo de la personalidad (Hernández, 2018).

Por otra parte, continuando con Hernández (2018), el libre desarrollo de la personalidad incluye tres aspectos de la vida humana:

- a) Aspecto biológico.
- b) Aspecto psicológico.
- c) Aspecto social.

Lo anterior nos permite tener un panorama más amplio de lo que implica este derecho, pues cada uno de los aspectos mencionados hace referencia a una diversa cantidad de situaciones. Ese gran abanico de escenarios y libertades deben ser respetadas por los demás y el propio gobierno, aunque este último también está obligado a generar las condiciones necesarias para que la persona se pueda desarrollar libremente, a través de leyes e instituciones destinadas a alcanzar tal fin. Todo esto, derivado de los acuerdos internacionales sobre derechos humanos, de los que nuestro país forma parte.

Por su parte, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN] ha expresado mediante la tesis aislada P. LXVI/2009, con registro digital: 165822, que lleva por rubro y contenido el siguiente:

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE.

De la dignidad humana, como derecho fundamental superior reconocido por el orden jurídico mexicano, deriva, entre otros derechos personalísimos, el de todo individuo a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida. Así, acorde a

la doctrina y jurisprudencia comparadas, tal derecho es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera. Por tanto, el libre desarrollo de la personalidad comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral, así como la libre opción sexual, en tanto que todos estos aspectos son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo a ella corresponde decidir autónomamente.

Así, el pleno de la SCJN en México, nos indica que el libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental establecido en las leyes mexicanas y comprende todas aquellas expresiones del ser que le permitan a cada individuo vivir su vida. Menciona que cada uno posee como legítimo derecho, la libertad de contraer matrimonio, escoger su apariencia personal, su profesión, o la libre opción sexual, entre otros, en virtud de que todos estos aspectos determinan la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida. Por lo anterior, cada individuo debe decidir libremente sobre esos temas.

Aunado a lo anterior, mediante la resolución del AMPARO EN REVISIÓN 547/2018, la propia Suprema Corte, a través de su Primera Sala, determinó que el derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra establecido en el artículo 1º Constitucional, además de encontrarse implícito en los tratados sobre derechos humanos que han sido firmados por nuestro país. Esto apoya la idea de que el derecho en cuestión forma parte de todos los demás derechos ya que, de alguna manera, funciona como un derecho subjetivo de las personas, teniendo como sustento cada uno de los otros derechos que poseemos.

En ese mismo sentido, la SCJN considera que:

[L]a libertad “indefinida” que es tutelada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad complementa las otras libertades más específicas, como la libertad de conciencia o la libertad de expresión, puesto que su función es salvaguardar

la “esfera personal” que no se encuentra protegida por las libertades más tradicionales y concretas (Amparo en Revisión 547/2018, 2018: párrafo 35).

En este sentido, la Suprema Corte es congruente con lo que hasta ahora hemos encontrado: que este derecho viene a complementar a todos los demás derechos humanos que ya poseemos, pues incluye a todas aquellas libertades que no se encuentran plasmadas en un ordenamiento legal, pero que son necesarias para nuestra existencia y propia autodeterminación. Al tiempo que funciona como un derecho subjetivo que nos permite decidir cómo ejercer nuestros derechos.

Abonando un poco más sobre el tema, la SCJN, mediante la jurisprudencia 1a./J. 4/2019 (10a.), con registro digital: 2019357, y con rubro: “*DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. SU DIMENSIÓN EXTERNA E INTERNA*”, considera que, como lo han expresado algunos doctrinarios, el libre desarrollo de la personalidad contiene dos aspectos o dimensiones:

1. Dimensión externa. Que se traduce en la libertad de realizar cualquier acción que el sujeto en cuestión considere necesaria para su desarrollo personal.
2. Dimensión interna. Que se debe traducir en una protección a la privacidad del individuo y a cuestiones externas que pudieran limitar su toma de decisiones.

Como se puede apreciar, la Corte estima que todas las personas gozan de esa facultad para realizar, en el mundo fáctico, cualquier actividad que les permita ejercitar todos y cada uno de sus derechos o todo aquello que le permita sentirse bien bajo sus propias ideas. Por ello, considera que este derecho también incluye la parte interior del individuo: es decir, lo que el sujeto piensa antes de tomar una decisión. Entonces, es necesario protegerlo de aquellos que busquen inducirlo u obligarlo a tomar alguna decisión, ya que, si esta se realiza bajo premisas falsas o aprovechándose de las necesidades del individuo, no podrían considerarse como decisiones libres.

En este sentido, se considera que, de alguna manera, la decisión que toma una mujer para quedar embarazada durante nueve meses en beneficio de alguien más se ve influenciada internamente por su necesidad económica, creando la falsa idea de haberla tomado en plena libertad, cuando no es así. Por lo que se concluye la

necesidad de que el Estado debe proteger a estas personas en relación con la dimensión interna del derecho al libre desarrollo de su personalidad.

Además de lo anterior, se ha observado que, en nuestro país, con el objetivo de proteger completamente este derecho, la Corte mexicana se ha pronunciado especialmente sobre cuatro tipos de libertades que tienen que ver con el libre desarrollo (Collin y Pérez, 2021). Estos son:

1. Identidad sexual y de género. La Corte sostiene que hay que proteger el derecho de las personas a manifestar su identidad sexual ya que también está relacionado con la dignidad humana; siempre y cuando no afecten los derechos de terceros ni afecten el orden público.
2. Estado civil. El divorcio sin causa es protector del libre desarrollo de la personalidad, ya que no es posible obligar jurídicamente a una persona a mantenerse dentro del matrimonio si ese no es su deseo. De igual forma, la persona es libre de casarse o no, según sus propios intereses.
3. Actividades recreativas y lúdicas. Dirigido a la protección del consumo de marihuana como actividad recreativa. La Corte considera que las personas tienen la libertad para dedicarse a las actividades recreativas y lúdicas que considere más pertinentes, siempre y cuando no afecte derechos de terceros.
4. Apariencia externa frente a los demás. Implica el derecho a la igualdad y no discriminación, en relación con el derecho a la libertad de expresión. El portar tatuajes es un derecho protegido por el libre desarrollo de la personalidad, siempre que no cause daño a otros o el orden.

Derivado de todo lo anterior, podemos concluir que el derecho al libre desarrollo de la personalidad aún se continúa construyendo y que puede implicar muchos aspectos de la vida de las personas. La Corte ha dado especial impulso al estudio de este derecho y con ello se logra que todos los demás derechos se encuentren protegidos de igual forma. Sin embargo, es una constante que el límite para el ejercicio de este derecho es el no causar daño a otros o al orden.

Ahora, con relación a la maternidad subrogada, podemos analizarla desde dos puntos de vista distintos: uno, en relación con los padres de intención y otro, en relación con la mujer gestante.

1. En relación con los padres de intención, se puede afirmar que son libres de querer tener hijos en virtud de considerar que tenerlos es necesario para su propio desarrollo personal. Sin embargo, hay que recordar que la limitante al ejercicio de este derecho es que no se transgreda el derecho de otro ser humano y, en este caso, se pone en riesgo el derecho humano a la dignidad de la mujer gestante, quien no debe ser tratada como un objeto o medio para alcanzar un fin. De igual forma, podría considerarse este mismo derecho, pero en favor del menor nacido bajo la técnica de maternidad subrogada, ya que será entregado como producto de una transacción legal.
2. Por cuanto hace el derecho al libre desarrollo de la personalidad en relación con la mujer gestante, se podría pensar que ésta tiene el deseo de ayudar a los demás y por ello decide “sacrificar” la salud de su propio cuerpo en beneficio ajeno. Por lo anterior, justo sería determinar que ella tiene el derecho de hacer lo que quiera para alcanzar su realización como persona, siempre que no afecte el derecho de otro, o al orden público. Sin embargo, es pertinente recordar que el derecho a la libre disposición de su propio cuerpo sí tiene limitantes: proteger la salud propia. Además, se coloca en riesgo su derecho a la dignidad humana, ya que dispone de su cuerpo entero para la obtención de un producto (el bebé) que es necesidad de otros, mostrando la inequívoca posibilidad de que se le considere como un mero instrumento. Aunado a que, internamente, su decisión pudiera partir de premisas falsas o encontrarse motivada por su necesidad económica de obtener ingresos económicos a cualquier costo, por lo que no podría considerarse como una decisión libre.

CAPÍTULO 2

PERSPECTIVAS JURÍDICAS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA A NIVEL INTERNACIONAL

La maternidad subrogada ha adquirido gran relevancia a nivel global, ya que prácticamente se puede hablar de ella en todo el mundo. Sin embargo, aunque no en todos los países se piensa de la misma manera sobre su pertinencia y operación, se podrían clasificar en dos grandes bloques: aquellos en los que sí se permite que se lleve a cabo esta técnica de reproducción humana asistida y, por otro lado, aquellos que rotundamente la prohíben.

En este capítulo se estudiarán todos aquellos países en los que se contempla dicha práctica, ya sea para autorizarla o para prohibirla. En un primer momento, se analizarán aquellos países que sí contemplan el uso de la maternidad subrogada, ya sea en la totalidad de su territorio o sólo en algunas partes al interior; asimismo, se incluirán aquellos que dejan que se le pague a la mujer gestante por el servicio prestado y a aquellos que sólo la toleran de forma altruista. En un segundo momento, se abordarán aquellos otros países en los que esta técnica de reproducción humana asistida se encuentra prohibida dentro de su legislación, ya sea en la totalidad de su territorio o solo en parte. Finalmente, se reflexionará sobre la perspectiva jurídica que impera en estos países, a efecto de comprender los motivos que los orillan a tomar tales decisiones.

2.1 Países extranjeros que sí permiten la maternidad subrogada

2.1.1 Canadá

En Canadá, la maternidad subrogada se aprobó mediante la Ley de Reproducción Humana Asistida/2004, de 29 de marzo de 2004 [LRHA/2004], en la que se establecen todos los lineamientos acerca de este procedimiento. En ella se establece que:

Si bien todas las personas se ven afectadas por estas tecnologías, las mujeres más que los hombres se ven afectadas directa y significativamente por su aplicación y la salud y el bienestar de las mujeres deben protegerse en la

aplicación de estas tecnologías (Ley de Reproducción Humana Asistida, 2004: Art. 2, inciso c).

Como se aprecia, este país considera imperante proteger los derechos de las mujeres, principalmente la salud y el bienestar, ya que se pueden ver afectados por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, como la maternidad subrogada.

Por lo anterior, en Canadá estará muy vigilada la práctica de esta técnica, a efecto de velar por los derechos de las mujeres, de tal manera que también se encuentra establecida la prohibición de comerciar con las capacidades reproductivas de hombres y mujeres, por lo que sólo estará permitido el uso de la maternidad subrogada con fines altruistas. No obstante, hay que mencionar que la ley sí permite que se le regresen, a la mujer gestante, todos aquellos gastos que hubiera realizado con motivo de esta práctica. Asimismo, se establece que ella no debe tener menos de 21 años cumplidos, que en todo momento se solicite su consentimiento, y que se brinde información suficiente acerca del procedimiento (Ley de Reproducción Humana Asistida, 2004).

Toda vez que se trata de un procedimiento autorizado por ley, no se especifica algún tipo de modalidad de la maternidad subrogada, ya que son los propios hospitales del Estado los que llevan a cabo estos procedimientos y verifican que se cumplan todas las disposiciones al respecto. Por ello, no se sabe con certeza si la gestante puede aportar sus propios óvulos o no.

Ahora, la maternidad subrogada está permitida prácticamente en todo el territorio canadiense, con excepción de la provincia de Quebec. No existe la posibilidad pagar con dinero a la mujer gestante, por prestar su vientre durante los nueve meses que dura el embarazo, aunque, como ya se había mencionado, esta sí puede solicitar que se le devuelvan, a manera de compensación, los gastos que se deriven del embarazo. Lo curioso es que en este país los servicios de salud son gratuitos, de tal suerte que será el hospital quien se haga cargo de los principales insumos generados por este procedimiento, lo que indicaría que la compensación no será mucha (Guerra, 2017).

Sin embargo, esta ley no estipula una limitante para que personas en lo individual accedan a los beneficios de lograr concebir con la ayuda de una mujer que preste su vientre para ello. Esto significa que las parejas del mismo sexo o aquellas personas que están solteras y quieren tener hijos, también pueden hacer uso de este procedimiento; incluso, llama la atención que tampoco exista una limitante para que personas de edad avanzada puedan procrear bajo este método. Sin embargo, sí hay que considerar que, la ayuda que la mujer gestante pueda prestar, tiene que ser por ese afán de ayuda desinteresada; lo que implica que el motivo para que se presente este tipo de favor pudiera ser una gran amistad o un vínculo de tipo sanguíneo entre esta y los padres de intención, ya que el servicio debe ser totalmente gratuito.

Por otro lado, como no existe una ley o decreto que establezca claramente la filiación de los niños nacidos bajo la técnica de maternidad subrogada, se podría dar el caso de que la mujer gestante reclamara como suyo al niño recién parido. Entonces, es común que los padres de intención celebren contratos privados con las gestantes, para establecer y aclarar todos los términos en cuestión de derechos y obligaciones que se deriven de este procedimiento (Surrogacy365.com, 2021).

Así las cosas, a pesar de que sí se permite el uso de la técnica de maternidad subrogada en este país, aún no se tiene total certeza para los padres de intención. Es necesario el acompañamiento de un abogado especialista en este tema, a efecto de brindar su apoyo con la redacción del contrato, la renuncia de derechos de la mujer gestante sobre el recién nacido y el posterior proceso de adopción de los padres de intención ante las autoridades correspondientes (Reina y Porras, 2017).

En suma, Canadá sí permite el uso de la maternidad subrogada para sus habitantes, pero sólo de forma altruista, ya que en este país se considera necesario proteger los derechos de la mujer gestante, para que no se lucre con la capacidad reproductiva de los seres humanos. En cada etapa del procedimiento se considera la opinión de la gestante, lo implica que, incluso, al momento del parto pudiera cambiar de opinión y quedarse con el bebé. Es importante considerar que este país tiene el servicio de salud gratuito, por lo que los padres de intención no deben hacer grandes gastos para acceder a este tipo de procedimientos.

2.1.2 Portugal

En el año 2016, Portugal promulgó la Ley 25/2016 en la que se regula la gestación por sustitución o maternidad subrogada. En esta se reformaron varios artículos de su predecesora, la Ley 32/2006, referente a la procreación médica asistida (IDIBE, 2019). De estas reformas se deriva que en el país sólo se pueda solicitar la ayuda de una mujer gestante subrogada cuando exista una disfunción del útero de la madre de intención que no le permita el embarazo, de tal suerte que no es posible acceder al procedimiento por situación distinta.

En ese sentido, la maternidad subrogada, está disponible únicamente para parejas heterosexuales o parejas homosexuales femeninas, ya sea que estén casadas o no (Álvarez, 2019a). Las parejas homosexuales masculinas y los varones solos no tienen acceso a este procedimiento. En teoría, las mujeres solteras tampoco podrían acceder a esta técnica de reproducción humana; sin embargo, derivado de la interpretación de la Ley 32/2006, se concluye que sí están facultadas para solicitar que se les permita hacer uso de esta.

Por otra parte, no se permite el uso de la técnica de maternidad subrogada con fines de lucro (Álvarez, 2019a), por lo que se debe entender que sólo se permite a la mujer gestante prestar su vientre de forma gratuita; es decir, que no está facultada para recibir algún tipo de remuneración o compensación de tipo económico a cambio de haber gestado, dentro de su vientre, al bebé de la pareja de intención; incluso, la ley prohíbe que reciba algún tipo de donación.

Por su parte, los padres de intención sí tienen que hacerse cargo de todos los gastos médicos a que haya lugar derivado del embarazo. Sin embargo, es importante resaltar que la Ley no autoriza que entre los padres de intención y la mujer gestante exista algún tipo de relación laboral o subordinación económica. Es decir, que una mujer que sea empleada de cualquiera de los integrantes de los padres de intención no podrá ser gestante para ellos, tampoco aquella que previamente estuviera recibiendo apoyo económico por parte de estos. La idea es prohibir que, una empleada doméstica, por ejemplo, exprese que quiere brindar apoyo a sus patrones para que puedan tener un

hijo y que lo hará de forma altruista, pues se presume la existencia de algún tipo de coacción derivada de la relación laboral.

Además de lo anterior, tampoco se permite que la mujer gestante aporte su carga genética, es decir, sus propios óvulos. Por ello, serán los padres de intención quienes se encuentran obligados a aportar dicha carga genética, ya sea propia o de donantes. En ese sentido, la mujer gestante sólo está facultada para recibir el implante de un embrión creado mediante la técnica de fecundación in vitro. (Álvarez, 2019a)

Como ya se había mencionado, la maternidad subrogada en Portugal está regulada como una técnica excepcional que busca remediar la imposibilidad que tenga una mujer para poder procrear por sí sola. Por ello, la Ley 32/2006 había establecido que la mujer gestante no podría revocar el consentimiento que hubiere otorgado al inicio del procedimiento. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Portugués declaró inconstitucional dicha reglamentación, toda vez que consideró que vulneraba el derecho al libre desarrollo de la personalidad. De igual forma, se declaró inconstitucional el precepto legal que exigía que se mantuviera en secreto la identidad de los donantes de gametos y de la madre gestante, en virtud de ser considerados como violatorios del derecho a la identidad personal y al desarrollo de la personalidad de los sujetos nacidos como consecuencia del procedimiento de esta técnica de reproducción humana asistida (IDIBE, 2019).

Derivado de lo anterior, en la ley de este país estableció la existencia de la nulidad de pleno derecho en los contratos, ya fueran onerosos o gratuitos, que trataran a la mujer gestante como objeto. Aunado a lo anterior, en el derecho portugués existe un principio que señala que, para efectos legales, madre es la mujer que da a luz. Por ello, aún siguen presentes estas situaciones cuando una mujer gestante se arrepiente y no quiera entregar al bebé a los padres de intención, aunque la carga genética sea de ellos (Gómez, 2019).

Así las cosas, es posible que la madre gestante cambie de opinión y decida quedarse al bebé antes de que los padres de intención lo adopten. Esto porque, la Constitución portuguesa siempre protegerá y respaldará a la mujer que dé a luz a un bebé, para que éste sea reconocido como su hijo. Entonces, aunque se hubiera pactado la

entrega del recién nacido después de su nacimiento, si ella cambia de opinión, no existirá fuerza legal que obligue a la gestante para que se cumpla con ese acuerdo.

2.1.3 Ucrania

La maternidad subrogada sí está autorizada en Ucrania. No obstante, existe la restricción de que sólo las parejas heterosexuales que estén casadas podrán acceder al uso de este tipo de técnicas de reproducción humana asistida. Para ello se deberá acreditar médicamente que la mujer se encuentra imposibilitada para procrear por sí sola, derivado de algún problema de infertilidad o esterilidad. Asimismo, el Código Familiar de este país solicita que el material genético sea aportado por los padres de intención (Gómez, 2019).

Una característica de la técnica de maternidad subrogada en este país es que su uso se permite a parejas extranjeras, aunque con las restricciones ya mencionadas. Esto provoca que varios habitantes de los países cercanos, como España, acudan a Ucrania para tener a su bebé bajo esta técnica. Desafortunadamente, este suele ser un problema legal ya que una vez que los bebés salen de este país para ser trasladados a los países de los padres de intención, no se les reconoce como sus hijos. Esto es así porque, aunque la legislación de Ucrania considera como padres legales a los comitentes, sólo da fe de la existencia del acto privado que dio origen al procedimiento por el cual se procreó al recién nacido, dejando la filiación entre este y los padres de intención en un limbo legal (Gómez, 2019).

En este país sí se autoriza el uso de la maternidad subrogada mediante el pago de una remuneración económica por el servicio prestado, como si de un trabajo se tratara. Por ello, a pesar de no existir cifras oficiales, algunas ONG's estiman que, previo al conflicto armado con Rusia, nacían cerca de 2,000 bebés al año, mediante el uso de esta técnica de reproducción humana asistida. Esto le convierte en uno de los países que más procedimientos de este estilo realiza en el mundo (Martín, 2023).

2.1.4 Grecia

La maternidad subrogada es una técnica de reproducción humana asistida contemplada en el sistema jurídico de Grecia, específicamente en dos leyes: la Ley

3089/2002 y la Ley 3305/2005. En ellas se establece que las parejas heterosexuales y mujeres solteras podrán hacer uso de esa técnica cuando tengan alguna situación médica que les impida procrear de manera natural. Además, al igual que en Ucrania, en este país también se permiten a personas extranjeras acceder al uso de este tipo de procedimientos (Salgado y Salvador, 2019).

Es importante señalar que, dentro de los requisitos que se solicitan para llevar a cabo este procedimiento, está que la mujer gestante no aporte sus óvulos en el proceso de inseminación. No obstante, tampoco se establece claramente, que el material genético deba pertenecer a los padres de intención, por lo que hay la posibilidad de que el material genético sea aportado por donantes. Es decir, el requisito puntual es que la donante de óvulos y la mujer gestante, no sean la misma persona.

Además de lo anterior, para que se pueda llevar a cabo la transferencia embrionaria al útero de la mujer gestante, la ley exige que primeramente se obtenga una resolución judicial favorable, emitida por un tribunal de distrito que corresponda al domicilio de esta (Salgado y Saldívar, 2019). Así se aseguran de que se tenga el conocimiento completo de todo el proceso a que será sometida y manifieste estar de acuerdo en que se lleve a cabo el procedimiento.

La legislación de este país solicita que, además de un certificado médico de infertilidad que acredite la imposibilidad para procrear de manera natural, la madre de intención demuestre contar con menos de 50 años. Este dato es relevante ya que aquí no solo las parejas heterosexuales pueden solicitar la autorización para hacer uso de la maternidad subrogada, sino que también lo pueden hacer las mujeres solteras, siempre y cuando se respete el requisito anteriormente señalado. Asimismo, la legislación sí permite a la gestante, recibir recompensa económica por prestar su vientre, aunque se encuentra limitada a mil euros; cantidad que se considera suficiente para hacer frente a gastos médicos y días de trabajo perdidos, así como todas aquellas molestias generadas por el embarazo (Salgado y Saldívar, 2019).

Por otro lado, en este país sí permite la donación de óvulos para ser utilizados en todas aquellas técnicas de reproducción humana asistida que lo requieran, incluida la maternidad subrogada; aunque esta tiene que ser de forma gratuita, es decir, sin recibir

una compensación económica. Pero, como sucede con la maternidad subrogada, también es posible hacerle un reembolso de los gastos que le hubiere generado tal proceso. Por lo anterior, debe inferirse que, la venta o compra de óvulos no está permitida. Asimismo, la donación tiene que ser anónima, por lo que la donante y quien solicite esos óvulos, no podrán conocerse ni obtener información mutua.

Finalmente, la filiación del recién nacido se lleva a cabo mediante sentencia judicial, lo que le otorga una gran validez legal, no solo en Grecia, sino en todo el mundo. Hay que hacer notar que el proceso judicial se debe iniciar antes que el procedimiento o tratamiento de la maternidad subrogada, pues hay que recordar que para que se pueda realizar el implante del embrión al útero de la mujer gestante, es necesario que exista una resolución judicial que autorice dicho procedimiento. (Salgado y Saldívar, 2019)

2.1.5 Estados Unidos de América

Los Estados Unidos de América son una nación que cuenta con una vasta experiencia en lo que a maternidad subrogada se refiere, en virtud de que ahí tuvo lugar el caso “Baby M”, que dio a conocer al mundo entero cómo la maternidad subrogada podría ser una forma de reproducción humana asistida, dejando que la opinión pública mundial juzgara su pertinencia.

En este país no existe una legislación uniforme que pueda ser aplicable a todo el territorio nacional, sino que cada Estado integrante establece las propias al respecto, por lo que se podrán encontrar Estados de la Unión Americana que sí permitan la maternidad subrogada y habrá otros Estados que la prohíban rotundamente. No obstante, es importante mencionar que en aquellos en los que sí se permite la maternidad subrogada, está prohibido que la mujer gestante aporte su carga genética; es decir que no será posible que los padres de intención fecunden el óvulo de la mujer que gestará a su bebé (Trollice y Álvarez, 2019).

En virtud de la falta de una legislación que sea aplicable para todo el país, se pueden categorizar tres tipos de Estados en la Unión Americana, que sí pudieran permitir la maternidad subrogada:

1. Estados con ley sobre maternidad subrogada. Son aquellos en los que sí se permite llevar a cabo este tipo de técnica de reproducción humana asistida y que, además, su legislación la autoriza de manera explícita.
2. Estados sin ley sobre maternidad subrogada. Son aquellos en los que la maternidad subrogada sí se practica de forma habitual, pero que no cuentan con una legislación en la que se autorice de manera explícita la práctica de esta.
3. Estados que la permiten sin ley y pocos casos. Son aquellos en los que la ley no contempla el uso de este tipo de técnicas, pero sí se han presentado algunos casos. Sin embargo, es posible que el contrato no sea respetado por considerarse nulo, con lo que genera incertidumbre en sus habitantes.

En ese orden de ideas, con respecto de aquellos Estados de la Unión Americana que sí cuentan con un ordenamiento legal en que se contemple a la maternidad subrogada, con base en la información aportada por Trolice y Álvarez (2019), también es posible subdividirla en dos: aquellos que permiten que todos los modelos de familia tengan acceso a esta técnica de reproducción humana asistida, ya sea aportando el material genético, o no; y aquellos que solicitan que los padres de intención estén legalmente casados. En el primer caso se encuentran: California, Connecticut, Delaware, Maine, Nevada, Nuevo Hampshire, Washington y Distrito de Columbia; en el segundo: Arkansas, Florida, Illinois, Dakota del Norte, Texas, Utah y Virginia Occidental.

Como se puede apreciar, 15 de los 50 Estados de la Unión Americana autorizan el uso de la maternidad subrogada a sus connacionales, aunque en la mitad de ellos sea requisito el estar casado. Sin embargo, lo importante para la mayoría de las personas que buscan este tipo de servicio, es que la ley les proteja y apoye a lograr su objetivo.

Por otra parte, en relación con aquellos Estados de este país que, igualmente permiten la maternidad subrogada, aun cuando no cuentan con una legislación explícita que se aplique al caso concreto, existe una variedad de situaciones. Siguiendo con la información de Trolice y Álvarez (2019), aunque, de manera general, los padres de intención no tienen muchos problemas para terminar con su procedimiento, se requiere llevar a cabo un proceso de adopción mediante un proceso judicial que determine la filiación entre los padres de intención y el recién nacido. En esta situación se

encuentran los siguientes Estados: Alabama, Carolina del Norte, Carolina del Sur, Colorado, Dakota del Sur, Georgia, Hawái, Kansas, Kentucky, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Missouri, Nuevo México, Ohio, Oklahoma, Pensilvania, Vermont y Wisconsin.

Es decir que, a la lista de los primeros 15 Estados, se les suman otros 19 en los que, de alguna manera, sí es posible contratar a una mujer gestante a efecto de poder tener un hijo propio con la ayuda de la maternidad subrogada. En total llevamos 34 de los 50 que conforman la unión americana.

Finalmente, con relación a aquellos Estados que no tienen legislación explícita sobre la maternidad subrogada, pero que, en algunos casos, podrían permitirla, se pueden hacer las siguientes puntualizaciones: algunos de ellos castigan la técnica de maternidad subrogada cuando sea con contratos onerosos o que no estén dentro del comercio, situación que habrá de tomarse muy en cuenta, pues en el mejor de los casos, algunos Estados han llegado a determinar nulos este tipo de contratos, dejándolos sin efectos legales (Trollice y Álvarez, 2019). En esta situación se encuentran los siguientes Estados: Alaska, Arizona, Idaho, Indiana, Iowa, Misisipi, Montana, Nebraska, Tennessee, Virginia y Wyoming.

Con estos 11 Estados ya sumarían 45 de los 50 que conforman el país y en los que, de alguna manera, sí sería posible llevar a cabo este tipo de técnica de reproducción humana asistida, con o sin el apoyo de las normas jurídicas. En este sentido, podemos afirmar que las condiciones para llevar a cabo este procedimiento no serán iguales en todo el país.

Mención aparte merece el Estado de California, pues al decir de Ximénez (2017), además de que cualquier tipo de pareja o persona en lo singular puede acceder a este método de reproducción, también existe todo un aparato médico y legal que busca que el contrato inicialmente pactado se lleve a buen término. Es decir que, una vez firmado el contrato, ya no se podrá cancelar. Aparentemente, lo que se busca en este Estado de la Unión Americana es que todas las partes implicadas tengan seguridad jurídica. Incluso, si hubiera un aborto, los padres de intención están obligados a pagar lo inicialmente acordado. Quizá por esta razón la ley en California exige que los padres

de intención tengan un abogado distinto al que tiene la madre gestante. Un dato interesante que sólo aplica en este territorio, es que los padres de intención pueden obtener el reconocimiento judicial de paternidad, incluso antes de que nazca el bebé.

Otra característica a destacar es que, en California no importa la edad de los padres de intención, tampoco el género, o si se es soltero o casado, si la pareja es heterosexual u homosexual, etc. Por lo anterior, hay quienes consideran a la maternidad subrogada como una industria en la que lo que importa es que se pague lo que corresponda por el servicio prestado y, en ese sentido, nada impediría que la madre gestante convierta en trabajo esta práctica. Esta situación podría entenderse como una abierta autorización del Estado para que la mujer venda su cuerpo (Ximénez, 2017).

La industria que se mueve alrededor de la maternidad subrogada en California está compuesta por todo un:

ecosistema de abogados, médicos, psicólogos y agencias que guían a los implicados por el proceso. Una maquinaria médica y legal tan bien engrasada que ha convertido a California en el destino ideal para tener hijos por gestación subrogada y al mismo tiempo en el laboratorio de pruebas donde se ve hasta dónde puede llegar esta industria y sus implicaciones (Ximénez, 2017: s.p.).

Llama la atención que en este Estado de la Unión Americana se trate a la maternidad subrogada como una mercancía de cambio y no se den cuenta de que están tratando con seres humanos y su capacidad reproductiva. Aquí se hace presente la responsabilidad del Estado pues, cuando no se imponen limitantes a la práctica de alguna actividad, esta se entiende como autorización plena para su realización. En este mismo orden de ideas, también se está autorizando que, cuando una mujer tenga necesidad económica, la renta de su vientre por un periodo de nueve meses podría ser una forma legal de obtener esos recursos económicos que le hacen falta.

Profundizando un poco más en el tema, se encontró una investigación realizada por Alejandra Barriguet y Melissa Amezcua, para una página web de noticias, en la que se presenta a una mujer, madre de familia que vive en México, pero que se traslada al Estado de California, Estados Unidos, para rentar su vientre. Aunque todo ese

procedimiento le implica realizar muchos trámites, análisis e ingesta de medicamentos, entre otros; ella dice que, *“lo hace por una mejor oportunidad económica para ella y el hijo que la espera en casa”* (Barriguet y Amezcua, 2024: s.p.). Se menciona en esta nota que, en California los padres de intención pagan a mujeres mexicanas que cuentan con visa estadounidense, un aproximado de 100 mil dólares americanos por embarazo.

Con este ejemplo se pueden apreciar mejor las posibles razones que llevan a una mujer a prestar su vientre y cómo en el Estado de California se aprovecha muy bien tanto la oferta como la demanda de un servicio que puede cuantificarse en dinero. Entonces, al realizar un análisis desde un enfoque puramente económico, encontramos que para la existencia de la maternidad subrogada son las personas que cuentan con los recursos económicos suficientes quienes realizan la demanda de vientres para poder rentar y son las personas con bajos recursos económicos quienes ofertan sus cuerpos para atender esta demanda. Por su parte, el Estado estaría creando leyes que permitan llevar a cabo este tipo de prácticas, a efecto de que exista movimiento de la economía, pues con esto se crea una industria bastante amplia que podría generar altos ingresos de dinero.

Independientemente de todo lo anterior, es importante resaltar que la Unión Americana está compuesta de varios Estados a los que se les respeta su facultad de autodeterminación, por lo que cuentan con la posibilidad para crear sus propias leyes. En ese sentido, se puede observar que cada uno de ellos ha legislado sobre la maternidad subrogada de acuerdo con sus propias circunstancias, económicas y sociales. Considero que en México está sucediendo lo mismo: cada Estado de la república está creando sus propias leyes con base en sus circunstancias particulares. Sin embargo, es necesario un debate al interior de nuestro país a efecto de poder determinar si las circunstancias actuales nos permiten autorizar este tipo de procedimientos y que la norma fundamental o, al menos, una norma general de aplicación federal establezca las bases para que se vayan creando las leyes que mejor representen el sentir de la sociedad.

2.1.6 Rusia

Rusia, al igual que Grecia, permite la maternidad subrogada a parejas heterosexuales y a mujeres solteras que tengan problemas para procrear de manera natural. Como comentan los autores Rodrigo y Salvador (2019a), el tratamiento puede llevarse a cabo utilizando óvulos y semen de los padres de intención o utilizando material genético de algún donante, siempre y cuando se cumpla con los requisitos exigidos por la Ley Federal Sobre las bases de protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia, publicada en enero de 2012, que es la normativa encargada de regular y establecer las bases de los procesos de maternidad subrogada que se lleven a cabo en este país.

De acuerdo con la normatividad en comento, se les permite a los padres de intención, nacionales y extranjeros por igual, acceder a un proceso de maternidad subrogada, sin que exista algún tipo de distinción o discriminación. Sin embargo, de acuerdo con la página web Gestlife (2023), derivado de la guerra con Ucrania y las sanciones económicas impuestas a Rusia, desde el pasado 24 de mayo de 2022, la maternidad subrogada está prohibida para los extranjeros.

Independientemente de lo anterior, la ley sólo autoriza a las parejas heterosexuales y a las mujeres solteras para que puedan acceder a esta técnica de reproducción humana asistida. De hecho, se indica expresamente la prohibición de acceso a este procedimiento a las parejas del mismo sexo, además que los hombres solteros tampoco se les autoriza su uso.

Otro punto a tomar en cuenta es que solo se permite la maternidad subrogada gestacional, es decir, aquella en la que la mujer gestante no aporta sus óvulos. Por ello, es obligatorio que los óvulos y espermatozoides procedan de los padres de intención o, en su caso, que procedan de un donante, pero, en ningún caso, se podrán aportar por la mujer gestante.

Otro dato importante es que, la madre de intención debe tener incapacidad médica para procrear de manera natural, derivado de, por ejemplo, la ausencia de útero, algún tipo de deformidad uterina o del cérvix, algún riesgo de enfermedades somáticas, fallos repetidos de fertilización in vitro, cuando los embriones de buena calidad no dan lugar a embarazo, etc.

El Decreto del Ministerio de Sanidad de la Federación de Rusia es quien se encarga de imponer una serie de requerimientos para aquellas mujeres que decidan ser gestantes sustitutas. También establece indicaciones y contraindicaciones del proceso de subrogación y determina las pruebas que se deben hacer tanto ellas como los padres de intención. Así, en este país pueden ser gestantes aquellas mujeres que decidan libremente participar en ese acuerdo de subrogación, siempre que cumplan con las siguientes exigencias:

- Tener entre 20 y 35 años.
- Ser madre de un hijo propio sano.
- Gozar de una buena salud, tanto física como psicológica.
- Si la futura gestante está casada, podrá participar en la gestación subrogada únicamente con el consentimiento de su marido.

En cuanto a la filiación de los menores nacidos bajo esta técnica, la legislación rusa prevé necesario que la mujer gestante otorgue el consentimiento para que el bebé recién nacido pueda ser registrado a nombre de los padres de intención (Rodrigo y Salvador, 2019a).

Es interesante conocer los requisitos que se solicitan a las mujeres que tengan la intención de prestar su vientre para beneficio de otra persona, incluso toman en cuenta a su esposo ya que se debe solicitar la autorización de este para que pueda subrogar su vientre. Se entiende que todo ello es a efecto de garantizar que se conozcan perfectamente las posibles implicaciones de llevar a cabo este tipo de procedimientos. Finalmente, considero que se le brinda un papel importante a la mujer gestante, pues debe manifestar su libre voluntad para que el menor recién nacido sea registrado como hijo de otras personas.

2.2 Reflexión sobre las causas o motivos que tiene los países que permiten la maternidad subrogada

Se ha observado que varios países admiten la maternidad subrogada como una técnica de reproducción humana asistida a efecto de lograr que todas las personas se

encuentren en aptitud de procrear. Sin embargo, después del análisis, se considera necesario sintetizar la información con la siguiente clasificación:

- 1) Países que solo permiten la maternidad subrogada entre nacionales. Dentro de esta categoría existe otra subdivisión:
 - a) Aquellos que la permiten solo de forma altruista. En virtud de considerar que se debe proteger la salud de la mujer gestante en primer lugar, por lo que no se podrá obtener un lucro mediante este procedimiento, como es el caso de los siguientes países:
 - i) Canadá. Cualquier persona puede hacer uso de este procedimiento, ya sea en pareja o individualmente, pero debe realizar la filiación mediante una sentencia judicial. La gestante en ningún caso podrá aportar sus propios óvulos.
 - ii) Portugal. Solo parejas heterosexuales o parejas homosexuales femeninas, siempre y cuando exista un problema médico para gestar por sí solos. La mujer gestante no puede aportar su material genético. Se requiere determinación judicial para acreditar la filiación.
 - b) Aquellos que la permiten altruista u onerosa.
 - i) Rusia. Este país permite que se reciba un pago como compensación por el esfuerzo de la mujer gestante. Sin embargo, solo pueden acceder a este procedimiento las parejas heterosexuales y mujeres solteras. Por otra parte, la mujer gestante no puede aportar sus óvulos y la madre de intención debe tener un problema médico que le impida procrear.
- 2) Países que permiten la maternidad subrogada a nacionales y extranjeros. En estos, además de facultar a los extranjeros para que hagan uso del procedimiento, también se autoriza la existencia de un pago como contraprestación del servicio prestado.
 - a) Ucrania. Sólo para parejas heterosexuales casadas. La madre de intención debe tener un problema médico que le impida procrear. El contrato no determina jurídicamente la filiación del menor con los padres de intención.
 - b) Grecia. Sólo parejas heterosexuales o mujeres solteras que tengan impedimento médico para procrear. La gestante no puede aportar sus óvulos.

Se requiere resolución judicial previo a la transferencia embrionaria. La filiación del menor se realiza mediante sentencia judicial.

- c) Estados Unidos. Varios de sus Estados permiten la maternidad subrogada, aportando material genético de la mujer gestante o no. Algunos Estados solicitan que los padres de intención estén casados. La filiación puede realizarse mediante sentencia judicial.
- d) California [Estados Unidos]. Cualquier persona puede ser padre de intención, sin importar edad, sexo, nacionalidad, en pareja o individualmente.

De este análisis podemos obtener los siguientes datos:

1. Son seis los países extranjeros que contemplan, dentro de su sistema jurídico, a la maternidad subrogada como una técnica de reproducción humana asistida que permita procrear hijos propios con la ayuda de una mujer gestante.
2. De esos seis países, en el 50% se permite la maternidad subrogada onerosa o altruista y en el otro 50% sólo la permiten de forma altruista.
3. Sólo en el 50% de ellos se permite a los extranjeros acceder a este tipo de procedimientos.
4. Sólo en 1 de los países estudiados [Estados Unidos] se permite que la mujer gestante aporte su propio material genético, lo que equivale al 17% de los países analizados.
5. Además de lo anterior, únicamente 1 de los 50 Estados que conforman la Unión Americana [California] permite que cualquier persona acceda a este método de reproducción humana asistida, no importando su sexo, edad, nacionalidad, si lo solicita en pareja o en forma individual.
6. El 67% de los países revisados solicitan que los padres de intención padezcan de alguna situación médica que les impida procrear por sí mismos.
7. Casi todos estos países requieren una determinación judicial para declarar legalmente la filiación con el menor nacido bajo esa técnica de reproducción humana asistida.

2.3 Países extranjeros que no permiten la maternidad subrogada

Hemos podido observar que existen varios países que autorizan hacer uso de la maternidad subrogada como una forma de reproducción humana asistida que, de manera general, buscan solucionar padecimientos médicos que imposibilitan la procreación de forma natural en parejas heterosexuales o mujeres en lo individual. Todo parece indicar que, las autoridades de estos países toman en cuenta el avance médico sobre reproducción humana asistida, para que sea utilizado en favor de aquellos que padecen algún problema de salud que les impide alcanzar lo que se considera como el derecho a procrear a sus propios hijos.

Sin embargo, a pesar de que pudieran ser válidos los argumentos presentados por aquellos que están a favor de este tipo de técnicas que utilizan el cuerpo de una mujer sana para gestar el bebé de otros, también existen otros países que piensan distinto, por lo que expresamente prohíben mediante ley que esta práctica se realice dentro de su territorio y sobre ellos versará este apartado.

2.3.1 Francia

La maternidad subrogada, no es legal en Francia. Esto porque no se le reconoce legalmente como una técnica de reproducción humana asistida, además de ser objeto de una estricta prohibición. La ley no da lugar a la existencia de ambigüedades o interpretaciones: *“buscar a una madre de alquiler le puede hacer acreedor a sanciones penales”* (Álvarez, 2019b: s.p.). Por lo tanto, la maternidad subrogada es una técnica ilegal, con una regulación muy estricta en todas sus modalidades ya sea parcial, completa, altruista o comercial.

Le han dado tanta importancia a este método de reproducción humana asistida que el propio Código Civil francés establece la nulidad de cualquier contrato de subrogación establecido entre los padres de intención y la gestante (Álvarez, 2019b). Esto implica que no puede, en ningún caso, servir como base para la adopción del hijo subrogado. Incluso podría ser considerado incitación al abandono, situación que es sancionada en términos de la propia legislación penal.

En estricto sentido, el Código Penal francés no contempla una sanción específica para la gestación subrogada. Sin embargo, el artículo 227-13 pena los casos de sustitución

voluntaria, simulación u ocultación de datos que dañarían la integridad del estado civil de un niño. En adición, se considera que la maternidad subrogada se encuentra penada por la ley, puesto que esta considera que, en tales circunstancias, la madre legal de un recién nacido sería una persona distinta a la mujer que ha dado a luz, lo que estaría contradiciendo el principio de derecho *mater semper certa est* [la madre siempre es segura], que aún es vigente en Francia (Álvarez, 2019b).

Entonces, se concluye que, desde el punto de vista del derecho francés, la maternidad subrogada implica ocultar un parto [el de la madre gestante], para fingir otro [el de la madre de intención], lo cual se considera un delito que puede ser castigado con hasta tres años de prisión y una multa de 45.000 euros. De hecho, la legislación va más allá, pues estas sanciones podrían aplicarse, incluso, si se sospecha que existe la intención de llevarlo a cabo (Álvarez, 2019b).

A su vez, el artículo 227-12 castiga como delito el hecho de hacer de intermediario entre una persona o una pareja con deseo de tener un hijo y una mujer dispuesta a ser madre gestante. Esta disposición atañe a particulares, pero también a las agencias y a los profesionales de las clínicas. Es decir, que se prohíbe a las clínicas o médicos, ya sean públicas o privadas, incentivar a las personas a que realicen esta práctica. Esta infracción de la ley se sanciona con un año de cárcel y 15.000 euros de multa. Sin embargo, si los hechos se producen con una intención de lucro o de forma habitual, las penas se multiplican por dos. Practicar técnicas de reproducción humana asistida no reconocidas o permitidas por el Código de Salud Pública (entre las cuales está incluida la maternidad subrogada), está sancionado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 511-24 del Código Penal, con cinco años de prisión y setenta y cinco mil euros de multa (Álvarez, 2019b).

Al contrario de lo que ocurre en otros países, en Francia la situación de la maternidad subrogada es más un acto de protección de los principios fundamentales de la bioética, que una regulación de las técnicas de reproducción humana asistida.

Para la legislación y el pensamiento jurídico francés, el acuerdo por el cual una mujer se compromete, aunque sea de forma gratuita, a gestar y dar a luz a un niño para, posteriormente, abandonarlo al nacer, contraviene tanto el principio de indisponibilidad

del cuerpo humano, como el de indisponibilidad del estado de las personas; ambos de orden público. Evidentemente, el derecho francés sigue una máxima de los derechos humanos y es que el cuerpo humano no puede ser objeto de un contrato privado. Así como la situación jurídica de una persona, como el caso de los menores nacidos bajo este método, tampoco puede ser objeto de un contrato privado.

2.3.2 Alemania

La ley alemana de protección del embrión 745/90 del 13 de diciembre de 1990, prohíbe, literalmente, el uso de la maternidad subrogada como una técnica de reproducción humana asistida, pues considera que es contrario al espíritu de los derechos de las personas. Claramente se establece en su legislación que, si una persona participa en cualquier parte del procedimiento de maternidad subrogada, se podrían hacer acreedores a una pena privativa de libertad.

Dicha pena puede ser de hasta tres años o de una multa, para quien:

- Transfiera médicamente a una mujer el óvulo de otra.
- Fecunde artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo.
- Fecunde artificialmente o transfiera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento.

Debido a lo anterior, es de fácil comprensión que en este país la maternidad subrogada se considere absolutamente prohibida. Además, las autoridades alemanas son extremadamente rigurosas con los intentos de regularizar a bebés nacidos fuera de su territorio. Un caso de referencia es el de los gemelos Balaz, que tras dos años de litigio tuvieron que ser adoptados por su padre genético, debido a que su origen obedeció a un procedimiento de gestación subrogada comercial en India (Guerra, 2017).

De acuerdo con investigaciones realizadas por Ben Knight (2020), existe un pequeño número de personas que han solicitado eliminar esta prohibición sobre el uso de la maternidad subrogada. Sin embargo, encontró que varios sectores de la población de este país se oponen a dicha autorización. *“Su argumento fue que tanto la donación de óvulos como la maternidad subrogada siempre se basaron en la desigualdad social y*

que, en la práctica, es imposible que no haya dinero de por medio" (Knight, 2020: s.p.). En ese sentido, parece ser que la sociedad alemana considera que *"solo las mujeres que viven en circunstancias precarias se convierten en madres sustitutas"* (Knight, 2020: s.p.). De acuerdo con el trabajo de esta investigadora, los razonamientos transcritos parecen ser los principales argumentos para que se mantenga dicha prohibición.

Como se ha podido apreciar, las leyes en Alemania son muy estrictas. Esto es así porque la sociedad de ese país también lo es, con base en sus principios y costumbres. Para ellos parece estar muy claro que este tipo de procedimientos responden más bien a las necesidades de aquellas personas con poder económico, en virtud de ser ellas las únicas que cuentan con la capacidad monetaria para pagar por el servicio prestado. Por otra parte, también son muy conscientes de que, únicamente las personas que se encuentran en un estado de necesidad económica serían capaces de poner en riesgo su propio cuerpo en aras de recibir dinero a cambio. De hecho, los Estados que más procedimientos de maternidad subrogada realizan son aquellos en los que se permite el pago por este servicio: el Estado de California, Estados Unidos; y el Estado de Ucrania.

2.3.3 España

De acuerdo con la investigación llevada a cabo por Laura Mateo (2020), la legislación española prohíbe la práctica de la gestación subrogada. Encontró que el Código Penal castiga con penas de prisión de uno a cinco años y con inhabilitación especial para ejercer el derecho de la patria potestad, curatela, tutela o guarda, por un tiempo de cuatro a diez años, a todas aquellas personas que, a partir de una compensación económica y rehuyendo de los procedimientos de guarda, acogimiento o adopción, entreguen a otra un hijo, ya sea descendiente o cualquier menor, sin necesidad que medie relación de filiación o parentesco. Además, el mismo precepto, en su apartado segundo, castiga tanto a las personas que reciban al niño como a los intermediarios, sea la entrega en España o en un país extranjero.

Ahora bien, puesto que el Ordenamiento Jurídico español no sanciona a aquellas personas o parejas que utilizan la técnica de la gestación subrogada en países donde

está legalizada, los ciudadanos españoles acuden frecuentemente a aquellos para poder efectuar dicha práctica y, consecuentemente, ser reconocidos en su país como los padres legales del menor. Una vez que los padres intencionales regresan a España, solicitan a su gobierno que realice la inscripción de la filiación entre su hijo y ellos. De esta manera, se busca evitar cualquier sanción (Mateo, 2020).

Por su parte, la página web Instituto Bernabeu (2023), sostiene que, desde la primera Ley española de reproducción asistida de 1988, se consideraron nulos los contratos de maternidad subrogada, sin importar si fueran altruistas u onerosos. Esto porque en España, la costumbre es que se considere madre a quien dé a luz al bebé y de esa manera es como se determina la filiación entre ellos. En ese mismo sentido, la ley vigente [Ley 14/2006], no solo estipula que el contrato es nulo, sino que además sanciona la práctica de la maternidad subrogada, dentro de su territorio, como un delito.

De acuerdo con esta página web, algunas posibles razones que tienen los españoles para prohibir el uso de la maternidad subrogada como una técnica de reproducción humana asistida, son las siguientes:

- Principalmente por motivos éticos.
- Posible mercantilización del cuerpo de la mujer gestante cuando el contrato se formaliza por un precio.
- Motivos de explotación reproductiva.
- Imposibilidad real y efectiva de proteger los derechos de la mujer gestante.
- Interés superior del menor.

A pesar de la existencia de iniciativas legislativas encaminadas a regular la maternidad subrogada, en la que solo se permita a parejas heterosexuales con problemas de infertilidad o esterilidad, el Comité Español de Bioética, no lo ha querido autorizar (Instituto Bernabeu, 2023).

De lo anterior se puede observar que España, al igual que otros países europeos comparten el temor fundado de que aprobar este tipo de procedimientos conlleva a generar todo un mercado en el que se explote la capacidad reproductiva del cuerpo de

la mujer, lo que conllevaría a su cosificación. Además, están siendo conscientes de que sería materialmente imposible que se protejan completamente los derechos de las gestantes, pues siempre podrían existir malas prácticas al momento de permitir que se lleven a cabo este tipo de procedimientos.

2.3.4 China

De acuerdo con la información proporcionada por las autoras Andrea Rodrigo y Zaira Salvador (2019b), aunque más de veinticinco mil chinos han nacido bajo la técnica de maternidad subrogada; en la actualidad, China es un país que la prohíbe desde el año 2001, no importando si fuese altruista o comercial.

Continuando con esta información, en febrero de 2001, se publicaron las Medidas Administrativas sobre los Tratamientos de Reproducción Humana Asistida, las cuales prohíben cualquier modalidad de comercio de embriones y también se impide a cualquier profesional sanitario realizar un procedimiento de subrogación toda vez que iría en contra de dichas medidas, lo que traería consigo la posibilidad de ser multado y procesado por responsabilidades penales.

En ese sentido, se pueden enlistar las prohibiciones de la siguiente manera:

- El contrato de maternidad subrogada es nulo de pleno derecho.
- Se sancionará al personal médico que ayude en la realización de este tipo de procedimientos.
- Se busca dar prioridad al interés superior del menor.

No parece existir mucha información al respecto; sin embargo, de acuerdo con las autoras, es un hecho que en China se han llevado a cabo nacimiento de hijos a través de la maternidad subrogada, pese a que el gobierno chino hubiere prohibido esta forma alterna de lograr ser padres. Además, hay que recordar que en aquel país existía la prohibición de tener más de un hijo.

Derivado de la prohibición de practicar estas técnicas, parece que los habitantes de China han decidido buscar otras alternativas pues, de acuerdo con Álvaro Etchegaray (2021), la maternidad subrogada ha tenido auge en el mercado negro. También

comenta que los Estados Unidos de América se han convertido en el lugar más popular para poder tener hijos con base en esta técnica, de forma totalmente legal. Esto debe entenderse como que, las personas en este país asiático están buscando todas las formas posibles para hacer uso de la maternidad subrogada y como en su país no se les permite, buscan en otros países en aras de alcanzar su objetivo.

En el mismo tenor, Luis Garrido (2021), menciona que el mercado negro chino de la maternidad subrogada es muy poderoso y lucrativo. Comenta que, en Tailandia, a pesar de que está prohibido hacer uso de la maternidad subrogada para los extranjeros, sí lo están haciendo. De hecho, escribió en su columna lo siguiente: *“La Jefatura de Policía tailandesa estima que al menos 500 niños abandonan el país en situación irregular en manos de ciudadanos chinos. Pero las autoridades no dudan de que son solo la punta del iceberg”* (Garrido, 2021, último párrafo).

Con base en lo que comentan estos autores, se puede percibir que China tiene un problema con relación a la maternidad subrogada, pues según estos datos son muchos los chinos que buscan hacer uso de dicha técnica, aunque sea a través del mercado negro o buscando en otros países. También es importante tomar en consideración que China cuenta con un aproximado de 1,400 millones de habitantes, por lo que el número de personas que se menciona puede parecer muy alto. Definitivamente se hace necesario tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada país para que se regulen las prácticas de sus ciudadanos, en la búsqueda de proteger los derechos humanos de todas las personas. Entonces, si existe una gran demanda de algún bien o servicio, es posible que también exista una gran oferta para satisfacerla. En este sentido, se considera que sería mejor regular dicha práctica que prohibirla.

2.4 Reflexión sobre las causas o motivos que tiene los países para prohibir la maternidad subrogada

- Francia. En este país la idea de que madre es quien da a luz se tiene muy arraigada. Por ello, piensan que la madre de intención finge el parto y, por lo mismo, debe considerarse un delito. La maternidad subrogada sí está contemplada en su sistema jurídico, pero no se permite su práctica. La prohibición obedece a principios bioéticos.

- Alemania. Al igual que en los otros países analizados, la maternidad subrogada sí se encuentra contemplada dentro de su ordenamiento jurídico, pero se prohíbe su práctica, estableciéndola como un delito. Esto en virtud de considerar que la maternidad subrogada se basa en la desigualdad social, pues solo mujeres con necesidad económica aceptarían ser mujeres gestantes.
- España. En este país también se contempla a la maternidad subrogada dentro de su legislación vigente, pero tampoco está permitida su práctica, ya que se encuentra tipificada como delito. Esto en virtud de concebir que madre es quien da a luz y, como en el caso de Francia, se estaría fingiendo un parto. Por otra parte, al igual que en Alemania, se busca evitar la existencia de explotación reproductiva de la mujer. Insisten en que es materialmente imposible proteger los derechos de la mujer gestante, de una forma real y efectiva.
- China. La maternidad subrogada también se estipula dentro de las leyes de su sistema jurídico, pero tampoco se permite su práctica. Por lo anterior, se sanciona a quién lo lleve a cabo, bajo la premisa de evitar la venta de menores. No obstante, se ha generado un mercado negro para este procedimiento, así como el desplazamiento de sus habitantes hacia otros países que sí lo permitan.

Como se ha podido apreciar, estos países sí contemplan a la maternidad subrogada, pero prohíben su práctica. Es decir, existe certeza jurídica sobre lo que sí se puede hacer y lo que no. Las razones para no permitirla pueden variar un poco, pero se pueden condensar de la siguiente manera:

- Madre es la mujer que da a luz, por lo que no es posible que una persona de a luz por otra.
- Entregar a un menor recién nacido, aunque haya sido bajo esta técnica, se considera éticamente incorrecto.
- Explotación del cuerpo de la mujer por cuestiones económicas, ya que se piensa que sólo aquella que padezca de falta de dinero, puede ser orillada a querer gestar un bebé para alguien más.
- Consciencia de la imposibilidad real de proteger jurídicamente los derechos de la mujer gestante.

2.5 Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre maternidad subrogada

Así como diversos países se han pronunciado sobre la maternidad subrogada a través de sus leyes, también la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH] también lo ha hecho a través de distintas sentencias que ha emitido. En ese sentido y, de acuerdo con Victoria Bollinguer (2021), la Corte IDH ha mencionado, en la sentencia del caso *I. V. vs Bolivia*, que el Estado debe prevenir las posibles violaciones a derechos humanos que se presenten en la atención médica; por lo que es necesario regular y vigilar a las clínicas de maternidad subrogada. También menciona que, derivado del caso *Suárez Peralta vs Ecuador*, se ha solicitado al Estado que implemente mecanismos adecuados para establecer y aplicar sanciones en caso de violación a los derechos de los pacientes.

La autora en comentario expresa que, la Corte IDH ha mencionado que el derecho de acceso a la reproducción humana, mediante la técnica de maternidad subrogada no es un derecho absoluto, pero que para restringir este derecho el Estado requiere de argumentos suficientemente razonables.

Por lo que respecta a la mujer gestante, dicha Corte se ha pronunciado en favor de legislar sobre la facultad con la que aquella debe gozar para otorgar su consentimiento libre e informado, con base en el derecho que le asiste para tomar decisiones sobre su propio cuerpo, pues consideran que no se debe anular o restringir la capacidad reproductiva de la mujer sin un argumento válido. Lo anterior, basado en la necesidad real de que para que esta mujer pueda otorgar su permiso para ser inseminada artificialmente, se requiere de todo un proceso de verdadero entendimiento sobre lo que sucederá al momento de manifestar su voluntad y no que simplemente estampe su firma en un documento del cual pudiera desconocer su verdadero alcance.

2.5.1 Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016), mediante sentencia sobre el caso *Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*, se ha pronunciado en lo general, respecto de las técnicas de reproducción humana asistida, considerando que todos los seres

humanos tenemos el derecho a una vida privada y familiar, así como el derecho a la integridad personal y a decidir si queremos tener hijos biológicos o no. En dicha sentencia, textualmente se puede apreciar lo siguiente:

28. El 28 de noviembre de 2012 la Corte emitió una Sentencia en el caso Artavia Murillo y Otros Vs. Costa Rica. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). La Corte determinó que Costa Rica era internacionalmente responsable por haber vulnerado los derechos a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, el derecho a decidir si tener hijos biológicos a través de una técnica de reproducción asistida, la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, así como el principio de no discriminación, en perjuicio de dieciocho personas. Dichas violaciones se produjeron en relación con la decisión de la Sala Constitucional del 2000 que implicó que en la práctica se prohibiera la FIV en Costa Rica (supra párr. 27), ya que algunas de las víctimas del caso tuvieron que interrumpir el tratamiento iniciado, otras tuvieron que viajar a otros países para poder acceder y culminar el tratamiento, y otras no pudieran acceder a este [sic] técnica de reproducción asistida (Corte IDH, 2016: 8-9).

Es importante considerar que dicha sentencia emitida por la Corte Interamericana, se redactó en ese sentido debido a que, en el año de 1995 el Ministerio de Salud de Costa Rica había autorizado, mediante un Decreto Ejecutivo, el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, en específico la Fertilización In Vitro [FIV], pero lo autorizó únicamente para parejas heterosexuales que estuvieran legalmente casadas.

En ese sentido, es de reconocer que el caso no se trató directamente sobre la maternidad subrogada, que si bien es cierto se requiere de la Fertilización In Vitro, también se necesita de otros tipos de procedimientos, además de la disposición del cuerpo una tercera persona ajena a la pareja que busca tener acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, con la intención de concebir a sus propios hijos biológicos, tal y como lo estimó la Corte.

Incluso, cabe mencionar que Costa Rica, mediante el artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, definió a las técnicas de reproducción humana

asistida como *“todas aquellas técnicas artificiales en las que la unión del óvulo y el espermatozoide se logra mediante una forma de manipulación directa de las células germinales a nivel laboratorio”* (Corte IDH, 2016: 7), con lo que se aprecia perfectamente que, aunque la redacción hace referencia a las técnicas de reproducción asistida, ello o implica que se esté contemplando a la maternidad subrogada en sí, máxime que para esa fecha ya habían transcurrido 11 años desde el caso Baby M, en Estados Unidos; por lo que, claramente, ni el Estado de Costa Rica mediante su decreto, ni la Corte Interamericana mediante su sentencia, están incluyéndola en este caso.

También se considera importante resaltar que, si bien es cierto que la Corte IDH admite que, todas las personas tenemos el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico para poder tener hijos biológicos, haciendo uso de las técnicas de reproducción humana asistida, también es cierto que lo hace en el marco de una regulación dirigida en exclusiva a parejas casadas que, evidentemente, tengan problemas de infertilidad o esterilidad. Así, la Corte considera que no permitir el acceso a la Fertilización In Vitro, se considera una violación a los derechos humanos.

Ahora, posterior a la emisión del Decreto Ejecutivo No. 24029-S, el Estado de Costa Rica, emitió otro en 2015: el Decreto No. 39210-MP-S, denominado *“Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro y transferencia embrionaria”* (Corte IDH, 2016: 9-10), en el que se aprecia claramente que, la fertilización in vitro requiere la transferencia de embriones, a efecto de poder implantar el óvulo fecundado en la matriz de la madre, por lo que queda claro que en ningún momento se hace referencia a la maternidad subrogada.

Sin embargo, a pesar de que el caso que se dirimía versaba sobre la Fertilización In Vitro, la Corte Interamericana, sí mencionó a la maternidad subrogada en el punto resolutivo 6, en el que se determinaron las obligaciones para el Estado de Costa Rica, específicamente en el inciso “e”, que a la letra indica: *“iniciar, en un plazo razonable, una discusión amplia y participativa acerca de la maternidad por subrogación como procedimiento para la procreación, en los términos del [sic] párrafos 55 a 57 de la presente Sentencia”* (Corte IDH, 2016: 18).

Es importante mencionar que esta resolución no comprende, por parte de la Corte, la autorización del procedimiento de maternidad subrogada, sino que, se solicitó discutir ampliamente sobre ese procedimiento como una forma de procrear. Evidentemente, la Corte IDH no entró al fondo del asunto, contemplando todas las implicaciones que la maternidad subrogada conlleva, pues hay que considerar los derechos de la mujer gestante y el interés superior del menor que nace bajo este método.

En ese sentido, lo que cabría esperar es justamente el debate en torno a esta técnica de reproducción humana asistida, pues hay que tomar en cuenta absolutamente todos los elementos que puedan intervenir en la realización de la misma, armonizando todo el sistema jurídico de cada uno de los países que han firmado y ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

CAPÍTULO 3

PERSPECTIVA JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN MÉXICO

Una vez analizada conceptualmente la maternidad subrogada, su relación con los derechos humanos y la postura de distintos países acerca de su autorización o no, para ser utilizada como una técnica de reproducción humana asistida, corresponde conocer la postura legal de nuestro país. Esto, sin perder de vista la supremacía Constitucional, establecida en el artículo 133 de nuestra Carta Magna, que exige que todas las leyes mexicanas respeten su contenido. Entonces, cualquier norma que la transgreda sería considerada inconstitucional y nula de pleno derecho.

3.1 La maternidad subrogada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

De conformidad con el diccionario de la Real Academia Española [RAE], Constitución es *“Ley fundamental de un Estado, con rango superior al resto de las leyes, que define el régimen de los derechos y libertades de los ciudadanos y delimita los poderes e instituciones de la organización política”* (RAE, 2023b: s.p.). Es decir, es la ley máxima de un Estado y a la cual se deben ajustar, tanto la redacción de todas las demás leyes, como el actuar de todos los habitantes de ese Estado, incluidos los gobernantes y autoridades estatales.

No obstante, autores como Sartori, consideran que dar un concepto tan simple de lo que es la Constitución de un Estado pudiera hacerle perder su esencia, por lo que él considera que esta debe contener *“una estructura de la sociedad política, organizada a través de y mediante la ley, con el objetivo de limitar la arbitrariedad del poder y de someterlo al derecho”* (Sartori, 1992: 20). Así, el autor destaca que el poder del Estado debe ser controlado por el derecho, situación que la propia Constitución debe prever a través de los medios de defensa Constitucional.

Aunado a lo anterior, al decir de Miguel González Madrid (2018), la Constitución es un sistema normativo que se impone a las demás normas del sistema jurídico de un país, lo que le otorga primacía. De esta forma, la Constitución se consolida como Ley Suprema o Ley Fundamental, parámetro de producción y validez de las normas

inferiores. No obstante, hay que tomar en consideración que lo más importante de la Constitución es la limitación del poder político de un Estado a través de una serie de principios para conferir poder a sus órganos y así garantizar los derechos de los ciudadanos; de ahí la importancia de contar con un control Constitucional de las leyes.

En la actualidad, los derechos de las personas ocupan un lugar importante en las Constituciones de todos los países del mundo. Es la Carta Magna quien otorga sentido a los contenidos normativos y a la protección de los derechos humanos que permiten que la sociedad alcance el bien común, considerado como finalidad intrínseca de un Estado Constitucional. Así, esta Ley Suprema proclama y enumera diversos derechos y libertades, además de establecer variados mecanismos o medios para su control, de tal modo que el sistema de justicia Constitucional sea eficaz al momento de garantizarlos (González, 2018).

En ese mismo sentido, es que se busca el respaldo de nuestra Constitución Federal, a efecto de verificar que las libertades de todas las personas involucradas en el procedimiento de maternidad subrogada se encuentren protegidas. De hecho, se considera que en nuestra Carta Magna se encuentran algunos artículos que se relacionan con el tema de investigación y que se abordarán a continuación.

Artículo 1º De los derechos humanos

Al inicio del articulado de nuestra Carta Magna se precisa que en nuestro país todos gozaremos de los derechos humanos, redactado así en el primer párrafo del artículo primero, en los siguientes términos:

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 las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM], 1917).

Como se puede apreciar, todas las personas, sin excepción, gozamos de los derechos humanos que explícitamente se encuentren plasmados en la Constitución, pero

también contamos con todos aquellos derechos humanos redactados en tratados internacionales que han sido firmados y ratificados por el Estado mexicano, como como lo indica el mismo artículo. Además, estos derechos no deben negarse o suspenderse, a menos que la propia Constitución así lo señale.

En este sentido, a pesar de que ya hemos analizado algunos de los derechos humanos que se encuentran en tratados internacionales, ahora es momento de examinar aquellos que se encuentran directamente establecidos en nuestra Ley Máxima. Con ello esperamos encontrar los aspectos legales que permitan o prohíban el ejercicio de la maternidad subrogada, sin que se lesionen los derechos humanos de todas las partes involucradas en este proceso.

Artículo 4º. Derecho a la salud y a la procreación

Dentro del artículo cuarto de nuestra Constitución Federal se consagran dos derechos humanos que se relacionan directamente con nuestro tema: el derecho a la salud y el derecho a, lo que muchos han considerado como, la libertad de procreación. Ambos se consideran relevantes y por lo mismo se verán con mayor profundidad.

Derecho a la libertad de procreación

En primer lugar, tocante al derecho a la libertad de procreación que se encuentra plasmado en el segundo párrafo del artículo antes mencionado, que a la letra expresa: *“Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”* (CPEUM, 1917). Se puede observar, que el texto Constitucional expresamente dispone que todas las personas tenemos el derecho a resolver sobre el número de hijos que deseamos tener. Esto indica que puedo procrear un hijo, diez hijos o, cero hijos. En este sentido, otra forma de interpretar el texto sería que, todos tenemos la total libertad para dilucidar si queremos tener hijos o no; siempre y cuando tal decisión sea tomada de manera libre e informada.

No hay que perder de vista que nuestra Constitución establece, desde su artículo primero, que todos gozamos de los derechos humanos establecidos en ella y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte; buscando lograr una

perfecta armonía entre lo que se estipula en esta Ley Máxima y los acuerdos que nuestro país ha manifestado a través de la firma y ratificación de tratados internacionales.

Entonces, si nuestra Carta Magna ha establecido que somos libres de tener hijos, si así lo deseamos, el Estado y los demás particulares deben abstenerse de querer limitar este derecho en cuestión. Además, el gobierno tiene la obligación de respetar, proteger y proveer de todos los elementos necesarios para que se logre alcanzar plenamente este derecho, a través de leyes o instituciones que permitan que las personas decidan libre e informadamente si quieren tener hijos, cuántos y el espaciamiento entre ellos.

Derivado de lo anterior, si la maternidad subrogada es una nueva tecnología médica que ayuda a la reproducción de seres humanos mediante procedimientos diversos a los naturales, con la intención de ayudar a que las parejas con problemas de esterilidad o infertilidad también puedan engendrar a sus propios hijos, entonces nadie debería oponerse al uso de esta, ya que el derecho a tener hijos se encuentra consagrado en la propia Constitución que es ley máxima de nuestro país. Antes bien, el Estado debería de contar con hospitales en los que se explique e informe sobre el procedimiento y se practiquen correctamente estas técnicas.

Ahora, la anterior reflexión únicamente versa sobre el derecho que podría asistir a aquellos que desean hacer uso de estas técnicas de reproducción humana asistida. Sin embargo, al igual que cualquier otro, se debe considerar que el límite al ejercicio de este derecho es el propio que pertenece a las demás personas. Por ello, es importante analizarlo, desde el punto de vista de todos los involucrados en tal procedimiento.

En ese sentido, conviene recordar que los derechos de las personas, dentro de una sociedad, no pueden ser absolutos, salvo algunas excepciones. Bajo esta premisa, a pesar de que en nuestra Ley Fundamental se establezca que todas las personas tenemos el derecho a decidir si queremos tener hijos y el número de ellos, esto no implica que se nos permita tenerlos de cualquier forma o a cualquier precio; pues si así se hiciera, se estaría autorizando la comisión de actos que podrían vulnerar los derechos de otros. Por ejemplo, si alguien se apropia de un menor que sea hijo de

alguien más, bajo el respaldo Constitucional de poder hacerlo, estaría cometiendo el delito de robo de infante. Otra forma de tener hijos sería comprándolos, pero esa conducta se encuentra prohibida, en virtud del respeto al derecho a la dignidad de las personas que impide que se les trate como objetos o vehículos para alcanzar un fin determinado.

En ese orden de ideas, si bien es cierto que nuestra Constitución prevé que las personas puedan tener hijos, se debe tomar en cuenta que no hay que transgredir los derechos de las demás personas, en aras de querer ejercitar el propio. Lo que sí está permitido es que, si una persona, de común acuerdo con otra, se unen y ambos tienen un hijo o más, el Estado no deberá restringir tal situación, sino que está obligado a proteger ese derecho y proveer de todas las leyes que les permitan tomar esa decisión de manera informada, lo mismo que construir o adaptar hospitales que les ayuden a lograr tal fin.

Entonces, antes de realizar una conclusión general, basada en este derecho que solo atañe a aquellos que quieren ser padres, será necesario analizar los derechos de la mujer gestante y los del menor que nace bajo el procedimiento de maternidad subrogada, en virtud de ser personas que también participarían de este proceso. Todo ello a efecto de que no se vean afectados los derechos de estos.

En conclusión, considerando que, de manera general, los derechos humanos no son absolutos, ya que siempre habrá limitantes para su ejercicio; se determina que, a pesar de que efectivamente se cuenta con el derecho a decidir si queremos tener hijos o no, esto no implica que se tenga la completa libertad de trasgredir el de las demás personas, utilizándolas como un medio para alcanzar un fin propio. Siempre será necesario respetar y proteger el derecho ajeno.

Derecho a la protección de la salud

Este se encuentra estipulado en el cuarto párrafo, del artículo cuarto Constitucional, que a la letra determina:

[...] 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

conurrencia 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. La Ley definirá un sistema de salud para el bienestar, con el fin de garantizar la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social [...] (CPEUM, 1917).

Como se puede apreciar, nuestra Constitución estipula como un derecho que tenemos todas las personas, el que se proteja nuestra salud, tal y como se ha determinado en los tratados internacionales sobre derechos humanos, firmados por el presidente de la república y ratificados por el Senado.

En ese sentido, hay que recordar que, justamente, la infertilidad y la esterilidad son problemas que impiden que las parejas logren engendrar a su propia prole, viendo afectada su salud, tanto física como emocional. Entonces, a efecto de dar respuesta a la situación real que se presenta en nuestro país, parece necesario que se consideren a las diferentes técnicas de reproducción humana asistida a efecto de poder ayudar a recuperar la salud de las parejas con estos padecimientos.

En adición, de conformidad con este artículo cuarto Constitucional, el Estado debería garantizar la existencia de instituciones de salud que puedan prestar el servicio de atención médica a la población estéril o infértil. Así mismo, en relación con el artículo primero Constitucional, también tiene la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar este derecho a la salud.

Finalmente, si las parejas que pudieran decidir tener hijos se vieran impedidas a hacerlo, derivado de un problema de salud, estas tendrían el derecho de hacer uso de cualquier avance científico que les ayude a recuperarla o, a poder procrear con la ayuda de las instituciones del propio gobierno, que fueran creadas para tal fin. En ese orden de ideas, se podría pensar que, si la maternidad subrogada para personas estériles o infértiles no se permitiera en nuestro país, entonces, se estaría contraviniendo lo dispuesto por los artículos primero y cuarto Constitucionales.

Lo anterior, sin perder de vista lo que ya se ha manifestado con anterioridad: que el ejercicio de este derecho termina donde empieza el derecho de otro. Es decir, que es

necesario verificar que la maternidad subrogada no esté afectando el derecho de la mujer gestante, ni el derecho del menor nacido bajo este procedimiento.

3.2 La maternidad subrogada en la legislación federal

En México, de conformidad con lo estipulado por el artículo 133 de la Constitución Federal, las leyes del Congreso de la Unión, junto con la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, son la ley máxima de toda la Unión.

En ese sentido, para permitir o prohibir una técnica de reproducción humana asistida, sería necesario que se encuentre contemplada en las leyes federales mexicanas, con arreglo a la propia Constitución Federal. Estas son creadas por el Congreso de la Unión y tienen aplicación en todo el territorio nacional.

Las leyes que se consideran pertinentes para regular el uso de las técnicas de reproducción como la maternidad subrogada son: la Ley General de Salud, el Código Civil Federal y el Código Penal Federal.

3.2.1 Ley General de Salud

La Ley General de Salud [LGS] es un ordenamiento legal Federal que tiene aplicación en toda la república mexicana y regula el derecho a la protección de la salud que tienen las personas, establecido así en el artículo cuarto de nuestra Constitución Federal. Fue publicada en el Diario Oficial de la Federación [DOF] el 7 de febrero de 1984 y, la más reciente reforma publicada al día en que se redacta el presente escrito, fue la del 29 de mayo de 2023.

En esta ley se establece que la salud es el estado de completo bienestar físico, mental y social y no únicamente la ausencia de enfermedades, por lo que, si tomáramos en cuenta que las personas que no pueden procrear debido a que padecen de un problema de salud, el Estado tendría la obligación de brindar todas las facilidades necesarias para que la persona pudiera alcanzar el completo bienestar físico, mental y social; es decir, se debería de permitir el uso de las Técnica de Reproducción Humana Asistida [TRHA]. Para nuestro caso de estudio, se debería encontrar regulada la maternidad subrogada, a efecto de poder ejercer su derecho a la procreación que

se ve afectado por un problema de salud o, en su caso, la prohibición bajo los argumentos necesarios.

Al ser una ley secundaria que deriva de la propia Constitución Federal, debe dar significado a los conceptos abstractos establecidos en ella. En ese sentido, por ejemplo, el artículo 2 de la LGS aclara lo que se debe entender como finalidades del derecho a la protección de la salud, tal como el bienestar físico y mental de la persona, la prolongación y mejoramiento de la calidad de la vida humana, entre otros.

Esta ley también reconoce que es materia de salubridad general la planificación familiar y la educación para la salud, entre muchas otras. Por lo anterior, se considera que el Estado debería brindar información a toda la sociedad sobre la existencia y uso de las TRHA y, en específico, de la maternidad subrogada; ya que incide directamente en la planificación familiar y la educación para la salud. Lo anterior permitiría que las personas logren la reproducción humana de manera consciente, libre e informada. De hecho, este objetivo lo establece así en su artículo 67, segundo párrafo, que considera necesario el hecho de dar a conocer a la población que la edad preferente para el embarazo es después de los 20 años y hasta los 35 años, pues hacerlo fuera de este periodo aumenta el riesgo reproductivo. No obstante lo anterior, en estos apartados no se hace mención sobre las TRHA y los beneficios que podrían aportar a la sociedad.

Por su parte, el artículo 97 aborda el tema de la investigación científica y tecnológica destinada a la salud, encomendando esta cuestión a la Secretaría de Educación Pública [SEP] y al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología [Actualmente Consejo Nacional de Humanidades, Ciencias y Tecnologías, CONAHCYT]. Esta situación, nuevamente nos remite a pensar en las TRHA y el beneficio que pueden traer a la salud de las parejas que padecen de esterilidad o infertilidad, pero lo relevante que esperamos encontrar en esta ley, es que se encuentre considerada la maternidad subrogada, situación que actualmente no se da.

Aunado a lo anterior, el artículo 315 hace referencia a establecimientos de salud que manejen órganos, tejidos y células, mencionando que la Secretaría de Salud [Órgano dependiente del Ejecutivo Federal], es la instancia facultada para otorgar licencias en el manejo de los elementos mencionados, establecidos en este artículo. Así,

podríamos entender que la Ley en análisis sí está considerando a las TRHA. Sin embargo, se considera imperioso que explícitamente se mencione a las distintas técnicas y en específico a la maternidad subrogada.

Acercándonos un poco más, podemos apreciar que en el artículo 322 se hace referencia a las donaciones, ya sea del cuerpo en su totalidad, o de alguna parte en específico, haciendo mención que dicha donación debe ser expresa y regida por los principios de altruismo y sin ánimo de lucro. En el artículo 323, remata estableciendo que la manifestación de la donación tendrá que constar por escrito, cuando la persona está viva. Aquí podemos advertir cómo la ley está permitiendo la donación de órganos, lo que indica que quizá no exista inconveniente legal para que se puedan donar óvulos o espermias, siempre y cuando se realice de manera altruista y por escrito. Así, también se pudiera regular la existencia de la maternidad subrogada, determinando que la mujer gestante pueda llevar y sustentar en su seno al bebé de otro, hasta su nacimiento; bajo los principios de altruismo y sin ánimo de lucro, por ejemplo.

Un punto importante a considerar, es que en el párrafo cuarto del artículo 322, se establece que la donación puede ser revocada en cualquier momento, sin responsabilidad para el donante, en el entendido que el sujeto esté vivo y que el órgano donado aún no haya sido entregado. Esto nos permitiría intuir que si se estableciera la posibilidad de permitir que una mujer geste el bebé de otro, dicha decisión pudiera ser revocada en cualquier momento hasta antes de que el bebé sea entregado, por ejemplo.

Sin embargo, y a pesar de las conjeturas que hubiéramos podido elaborar, en el artículo 327 se prohíbe expresamente el comercio de órganos, tejidos y células. Mientras que, por su parte, el artículo 333 marca los requisitos para los trasplantes entre vivos dando preferencia a aquellos que se realicen entre personas con parentesco hasta el cuarto grado, solicitando que haya información de los riesgos que conlleva el procedimiento en cuestión, entre otros tantos requisitos.

En este orden de ideas, también se podrían establecer normas que indicaran que la mujer gestante sólo podría ser aquella pariente hasta el cuarto grado, siempre y

cuando fuera correctamente informada de todos los riesgos y consecuencias de un embarazo que se logre bajo la técnica de la maternidad subrogada.

En conclusión, y como se ha podido observar, derivado de la forma en que actualmente se encuentra redactada esta ley, pues no habría cabida para la maternidad subrogada, en virtud de que en ningún momento se considera la posibilidad de utilizar el vientre de una mujer para gestar al hijo de otra persona y tampoco se utiliza algún término que nos permita interpretar el que se pueda donar a un hijo, pues la donación de cuerpo completo sólo se puede dar cuando fallece la persona.

3.2.2 Código Civil Federal

Del Código Civil Federal [CCF], podemos obtener la siguiente información: fue publicado en el Diario Oficial de la Federación [DOF], en el mes de agosto del año 1928 y, su más reciente reforma a la fecha de elaboración de la presente investigación, fue publicada en el DOF el día 17 de enero de 2024. Al igual que la Ley General de Salud, el CCF es de aplicación en todo el territorio nacional, aunque hay gran diferencia entre estas leyes en virtud de que, a pesar de que existe este Código a nivel federal, cada uno de los Estados cuenta con su propio Código Civil, en tanto que la Ley General de Salud es solo una para todo el territorio nacional.

No obstante lo anterior, el estudio de este Código será de gran ayuda para entender algunos temas que tienen que ver con el de nuestra investigación principal, que es la maternidad subrogada; pues la idea es verificar si esta ley estipula, permitiendo o prohibiendo, cualquier conducta relacionada con el tema en cuestión.

En el Código Civil Federal vamos a encontrar, a groso modo, dos elementos importantes y necesarios para el tema que nos ocupa, los cuales son: la filiación y los contratos. Lo anterior, en virtud de que así se podrá percibir lo que nuestras leyes permiten o no, acerca de esos tópicos.

La filiación en el Código Civil Federal

La filiación se establece en el título séptimo, denominado “De la Paternidad y Filiación”. Pero, para poder entender este concepto, es necesario determinar qué se debe

entender por él, de acuerdo con la propia norma. Sin embargo, toda vez que el CCF no lo establece, será útil recurrir a la conceptualización doctrinaria.

Podemos empezar con el concepto que aporta María Monserrat Pérez (2010), toda vez que ella ofrece uno muy simple y claro, en el que sostiene que la filiación es *“el vínculo jurídico que existe entre dos personas, en la que una descende de la otra, lo que puede darse como consecuencia de hechos biológicos y/o de actos jurídicos”* (Pérez, 2010: 119). Como se puede apreciar de este concepto, lo primero que tenemos que considerar es que la filiación es un vínculo de tipo jurídico; es decir, que el término es utilizado en el ámbito del Derecho. Luego, menciona que se presenta entre dos personas que se relacionan entre sí, pues una descende de la otra. Esta situación puede deberse a un hecho biológico, como lo sería el nacimiento; o a un acto jurídico, como lo podría ser la adopción. Además, la autora considera que, *“La filiación no puede ser materia de convenio ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros”* (Pérez, 2010: 122). Este dato se considera importante, ya que la doctrina mexicana, basándose en las leyes actuales, considera que no puede existir ningún tipo de convenio o de transacción en relación con la filiación. Entonces, podemos afirmar que, de conformidad con esta idea, el contrato de maternidad subrogada no es válido para determinar la filiación de un menor nacido bajo esta técnica y los padres de intención.

Ahora, siguiendo a esta misma autora, podemos afirmar que existen distintos tipos de filiación: aquellos que se van a determinar por hechos biológicos y los que serán determinados mediante actos jurídicos.

Con base en lo anterior, contamos con tres distintos tipos de filiación:

- Filiación legítima o matrimonial. Es la que se presenta entre padres e hijos cuando éstos nacieron durante el matrimonio de los padres biológicos.
- Filiación natural o extramatrimonial. Es la que se presenta entre padres e hijos, cuando éstos nacen de una pareja que no ha contraído matrimonio legal. La filiación natural se determina en favor de la madre, mientras que el padre deberá reconocer al menor voluntariamente o por orden judicial.

- Filiación legitimada o reconocimiento de hijos. Cuando los hijos nacían antes de que la pareja contrajera nupcias, pudiendo ser reconocidos después del matrimonio o antes.

Ahora, ¿Por qué es tan relevante la filiación en el mundo jurídico? Porque, de acuerdo con Monserrat Pérez (2010), esta presenta varios efectos de derecho que son de gran impacto para los intervinientes. Algunos de estos efectos son:

- Proporcionar identidad al menor.
- Determina a las personas responsables de la guarda, crianza y educación del menor.
- El vínculo se crea independientemente de si los padres están casados o no.
- Determina la maternidad, paternidad y estado de hijo.
- Exterioriza social, cultural y familiarmente, la permanencia y duración de la relación filial entre padres e hijos.
- No existe distinción de los derechos y obligaciones derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen.

En otro orden de ideas, de acuerdo con Carlos Martínez de Aguirre (2013), la filiación remonta su origen a un hecho biológico, que es determinado por la capacidad natural que poseen los seres humanos de procrear en pareja, por lo que se hizo imperante que el Derecho protegiera esa situación de hecho; ya sea desde el derecho civil o del derecho familiar. Sin esta capacidad biológica de procrear y fundar una familia, el concepto de filiación no tendría sentido. Sin embargo, la filiación jurídica podría no ser natural, sino que una persona, consciente de que no existe un lazo consanguíneo con otra, desea que se genere este vínculo de derecho entre ellos, mediante la figura de la adopción.

Partiendo de estas nociones, donde la filiación procede originalmente de hechos biológicos, que el Derecho retoma para proteger aquellas prerrogativas que puedan derivar de ese vínculo natural, la maternidad y la paternidad no se comprueban de la misma manera. Por ejemplo, *“la maternidad viene determinada tradicionalmente por el parto, de manera que es madre la mujer que da a luz, y eso es algo biológicamente*

evidente al menos en el momento del parto” (Martínez de Aguirre, 2013: 84). Como se puede apreciar, tradicionalmente ha sido sencillo determinar quién es la madre de un menor, simplemente atendiendo al parto, pues solo aquella mujer que ha parido al bebé puede llamársele así. Todo esto desde un punto de vista natural, biológico. Por eso, en los hospitales se entrega una carta de alumbramiento a la mujer que dio a luz a un bebé y con ella será posible realizar la inscripción del menor ante el Registro Civil, al tiempo que se crea, entre este y aquella mujer que aparezca en el documento, el vínculo jurídico de la filiación.

Sin embargo, aunque físicamente es simple determinar quién es la madre del recién nacido, no es tan simple poderlo hacer respecto de la paternidad. Esto porque, aún en el momento del nacimiento no es factible apreciar a través de nuestros sentidos quién es el padre, toda vez que estos no son capaces percibir si efectivamente el sujeto que acompaña a la madre fue quien aportó el gen masculino de ese nuevo ser. Al respecto, la ley prevé mecanismos alternos para determinar la paternidad. Por ejemplo, los hijos nacidos dentro del matrimonio son hijos del esposo, ordenado así por la ley. Es decir, no hay necesidad de percibirlo con nuestros sentidos o mediante pruebas genéticas; pues, con el simple hecho de que estén casados, si la esposa tuvo un hijo, en automático el esposo se convierte en padre de ese menor.

A ese respecto, Martínez de Aguirre (2013), apunta que, aunque biológicamente todos tenemos un padre y una madre, jurídicamente puede desconocerse quien es la madre o el padre, o ambos. Sin embargo, en virtud del derecho superior del menor a tener padres, la legislación permite que exista la filiación puramente jurídica.

Entonces, concluimos que la filiación es un acto jurídico que determina la relación de parentesco entre padres e hijos, mediante el cual se adquieren derechos y obligaciones entre ellos. Que, originalmente esta relación se origina por un hecho biológico que determina la relación entre la madre y el recién nacido. Esta relación se puede extender, por virtud de la ley, al esposo de la madre quien se convertirá en el padre. Además, en virtud del derecho superior del menor, también puede existir este vínculo de la filiación puramente jurídico; es decir, sin que exista parentesco consanguíneo entre padres e hijos, mediante la figura de la adopción.

Una vez que se ha comprendido el concepto de la filiación, pasaremos a analizar lo establecido en la ley. Empezando por el artículo 324 del CCF, que establece la presunción de la filiación para los hijos que nacen de las parejas que están casadas. Es decir, que la filiación entre padres e hijos se reconocerá por el simple hecho de haber nacido mientras la pareja estaba casada. Cabe hacer la aclaración que el Código se refiere a la presunción de los hijos en relación con los padres, es decir, con los varones, pues, incluso aun cuando ya estén divorciados, el artículo 327 establece que el marido no podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días, contados desde que la separación judicial tuvo lugar. Esto es así, porque el código prevé que la filiación con respecto de la madre se da al momento de dar a luz a su hijo y se acredita, de conformidad con el artículo 340, mediante la partida de nacimiento [acta de alumbramiento que entregan los hospitales al nacer el menor]. En el mismo sentido se encuentra redactado el artículo 360, que establece que cuando los hijos nacen fuera de matrimonio la filiación con respecto de la madre será por el simple hecho del nacimiento, en el entendido de que si ella lo trajo al mundo es porque es su hijo, situación que no estaría presente en la maternidad subrogada, ya que justamente la persona que da a luz al menor no sería considerada madre y, estaría obligada a entregarlo a otras personas para que ellas sean sus padres y jurídicamente se acredite mediante la filiación.

En otro sentido, el artículo 360 permite que la filiación se otorgue al padre por dos causas, ya porque lo solicite de manera voluntaria, reconociéndolo como su hijo; ya mediante sentencia judicial que determine la paternidad.

Otra manera de obtener la filiación entre padres e hijos es mediante la adopción, prevista en el capítulo V, denominado “De la Adopción”. Indicando el artículo 390 del CCF que, cualquier persona mayor de 25 años y que no esté casada, puede adoptar, siguiendo todos los requisitos que la ley establece para tal efecto. De esta manera, aunque biológicamente padres e hijos no tengan parentesco, mediante la adopción se podría adquirir. Hacerlo así también logra que el vínculo jurídico quede establecido como consanguíneo, con todos los efectos legales que derivan de ello, como la herencia, por poner un ejemplo.

Así las cosas, podemos apreciar que la ley ya considera que las personas solteras o en pareja, que quieran formar una familia, podrían acceder a la adopción para poder crearla; incluso los extranjeros cuentan con este derecho. Lo que también se ha podido apreciar en este estudio, es que la filiación derivada de un contrato de maternidad subrogada no está prevista en este Código. Aunque, como ya se ha comentado, quizá sea necesario que el gobierno regule esta figura a efecto de brindar seguridad jurídica a todas las personas, haciendo efectivo el goce de los derechos humanos establecidos en nuestra propia Constitución.

En ese orden de ideas, quizá la filiación entre los padres de intención y el menor nacido de un proceso de maternidad subrogada, sí pudiera existir, en virtud de una sentencia judicial que así lo determinara, atendiendo al bienestar superior del menor y su derecho a contar con progenitores; así como todos los derechos que de ello deriven. Siempre y cuando no se vulneren los derechos de la mujer gestante.

Por lo anterior, conviene revisar si el contrato de maternidad subrogada, entre los padres de intención y la mujer gestante, se encuentra regulado en este Código, o al menos, se encuentren elementos que permitan validar su existencia desde el punto de vista del Derecho.

Los contratos en el Código Civil Federal

Podemos comenzar con el contenido del artículo 1793 del Código en comento, donde se establece que los contratos son convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos. Por su parte, el artículo que le precede, considera que los convenios son acuerdos entre dos o más personas y que se debe presumir que estos tendrán consecuencias jurídicas, en virtud de estar contemplados por la propia norma. En ese sentido, el contrato de maternidad subrogada sería, justamente, un acuerdo de voluntades entre dos partes: los padres de intención y la mujer gestante. Así, mediante el contrato las partes adquirirían derechos y obligaciones recíprocos, con consecuencias de derecho.

Por otra parte, el artículo 1824 aclara que el objeto del contrato sólo puede versar sobre sobre lo siguiente:

1. Una cosa que se deba entregar.
2. Un hecho o conducta que se deba realizar o que se deje de hacer.

Si pensamos en el contrato de maternidad subrogada, lo primero que podríamos inferir es que no se trata de una cosa que se deba entregar, sino más bien de una conducta de hacer y/o tolerar por parte de la mujer gestante: permitir que se le implante un óvulo fecundado en su vientre, gestarlo durante un tiempo aproximado de nueve meses hasta su nacimiento y, entregarlo a los padres de intención, renunciando a cualquier derecho sobre el recién nacido. Sin embargo, la entrega del recién nacido, como si de una cosa se tratara, nos deja en una situación compleja, ya que el contrato versaría al mismo tiempo sobre los dos tipos que indica la norma.

Así las cosas, se vuelve evidente que el bebé recién nacido, siendo un ser humano, no puede ser tratado como una cosa, pues se estaría violando su derecho a la dignidad humana, por lo que, el mencionado contrato, sería contrario a derecho al considerar como objeto del acuerdo de voluntades, la entrega del producto de la concepción, una vez que este nazca.

Por otra parte, si solo hacemos referencia a las conductas de hacer o tolerar por parte de la mujer gestante, se presenta otro problema: el permitir un implante en su propio cuerpo conlleva un riesgo a su salud, lo mismo sucede con la gestación del embrión implantado ya que todo proceso de embarazo tiene repercusiones físicas y psicológicas en el cuerpo de la embarazada. Esto sería una transgresión directa al derecho a la libre disposición del cuerpo, pues ello no se debe realizar cuando se cause daño a sí misma. Además, analizado desde otro punto de vista, permitir o tolerar que se le realice el implante, se lleve a cabo la gestación y la entrega del recién nacido, sería como permitir que la mujer gestante se convierta en una máquina para gestar bebés, lo que vulneraría su derecho a la dignidad humana, pues no se le debe cosificar ni tratar como un simple vehículo para que otras personas puedan alcanzar sus propios objetivos.

Aunado a lo anterior y, siguiendo con el análisis sobre la posibilidad de existencia del contrato de maternidad subrogada, a la luz de los demás artículos del Código en

comento, en el 1825 se establece que, cuando se trate de una cosa que deba ser entregada, esta debe cumplir con las siguientes características:

- a) Existir en la naturaleza
- b) Ser determinada o determinable en cuanto a su especie
- c) Estar en el comercio

Consecuentemente, si pensamos en que la mujer gestante debe entregar al bebé, éste sí se encuentra en la naturaleza, sí es determinable en cuanto a su naturaleza, pero no está en el comercio, ya que los humanos no podemos ser vendidos como si fuéramos objetos.

Por su parte, el relativo 1827 indica que, el hecho o conducta que deba realizarse o no, ha de cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Ser posible
- b) Ser lícito

En este sentido, la conducta que debe realizar la mujer gestante consiste en el hecho de tolerar que se le implante un óvulo fecundado o que se fecunde uno de los suyos dentro de su cuerpo, para ser gestado durante nueve meses, situación que afectará su organismo. Pero, más allá del daño que se provocará a sí misma, analicemos los requisitos legales: a) físicamente sí es posible la entrega del menor recién nacido bajo las técnicas de reproducción humana asistida como maternidad subrogada; b) no es lícito hacer la entrega del menor, ya que para que lo fuera no tendrían que violarse los derechos humanos de otras personas y, la actividad debe encontrarse contemplada dentro del comercio, indicado así en las propias normas. Desde luego que el comercio de menores no es una actividad que se contemple dentro del comercio. Al contrario, es una actividad que se considera ilícita.

Derivado de todo lo anterior, nos encontramos con que el contrato de maternidad subrogada no cumpliría con los requisitos estipulados por el artículo 1827 del CCF, al no ser posible. No lo sería en términos del artículo 1828 que indica: *“Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo*

insuperable para su realización” (Código Civil Federal [CCF], 1928). En este caso, al no ser compatible la venta de menores con la ley, se considera que el hecho objeto del contrato, es imposible.

Además de lo anterior, si hacemos una interpretación integral del sistema jurídico mexicano, encontramos que es importante ser conscientes de que la filiación no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, como lo estipula el propio artículo 338 del Código Civil para el Distrito Federal (1926). Es decir que no se encuentra posibilidad de existencia de un convenio o contrato con tales características.

Para concluir este apartado, se ha podido advertir que, en estos momentos, con la forma en que está redactado el Código Civil Federal, no sería posible la existencia del contrato de maternidad subrogada, por no cumplir con los requisitos aplicables a todos los contratos contemplados por esta norma. Tampoco se encuentra contemplada la filiación para personas nacidas bajo la técnica de maternidad subrogada. Sin embargo, sería deseable que esta norma sí indicara la posibilidad o imposibilidad de la filiación entre padres de intención y los hijos nacidos a través de este tipo de procedimientos.

3.2.3 Código Penal Federal

Por lo que respecta al Código Penal Federal [CPF], podemos decir que este se publicó por primera vez en el DOF día 14 de agosto de 1931, sufriendo varias reformas a lo largo de los años. La más reciente, a la fecha de redacción de esta investigación, fue la publicada en el DOF el día 06 de enero de 2023.

De esta ley nos interesa saber, si en ella no se prohíbe que una mujer dé a luz a un bebé y lo pueda entregar a los padres de intención en virtud de un contrato [no contemplado por el Código Civil Federal] entre estos y aquella, para que sean los últimos quienes ejerzan la patria potestad sobre el menor, en calidad de padres biológicos.

En primer lugar, se observa que el artículo 366 Ter, establece el tipo penal del delito de tráfico de menores, consistente en la entrega de un menor de dieciséis años, de manera ilícita, fuera del territorio nacional, a un tercero; siendo los padres quienes pueden cometer este delito en primer lugar, máxime si obtuvieran un beneficio

económico por la entrega. También se contempla sanción para quienes reciban al menor. Ahora, si la entrega de este se realizara sin el ánimo de obtener un beneficio económico, el castigo podría reducirse hasta en una mitad, en términos del artículo 366 quáter. Lo mismo sucedería con la persona que recibiera al menor, si el propósito fuere incorporarlo a su familia.

Como se puede apreciar, entregar a un menor de edad a otra persona es una conducta que se considera delictiva, Incluso si la misma se hace con fines de que la otra persona integre al menor a su núcleo familiar, por lo que, en este sentido, de acuerdo con el Código Penal Federal, el contrato de maternidad subrogada no sería posible, en virtud de que la entrega de un menor de edad es una conducta que se considera delictiva.

Aunado a lo anterior, en la Ley General Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar Los Delitos En Materia De Trata De Personas Y Para La Protección Y Asistencia A Las Víctimas De Estos Delitos, se estipula como delito a la conducta consistente en entregar en adopción a un menor de 18 años, toda vez que la misma es considerada como explotación de una persona, en términos del artículo 10, fracción VIII.

Asimismo, en el artículo 27 de la ley en comento, se contempla una variante de la trata de personas. Ahí se establece un castigo para quienes, siendo padres o tutores, entreguen en adopción a una persona menor de dieciocho años. Pese a lo anterior, esta ley también prevé que no se castigue a la persona que recibió al menor, si es que lo hizo de buena fe, creyendo que el acto era lícito. Sin embargo, no se contempla ninguna disculpa a la persona que entrega al menor, por lo que se asume que a esa persona sí se le puede sancionar en los términos previstos.

Por todo lo anterior, se confirma la situación ilícita en la que se encuentra la maternidad subrogada, al menos en términos de las legislaciones de carácter federal; de tal suerte que, si se pretendiera su incorporación al sistema jurídico nacional, primero tendría que realizarse un ajuste en las normas comentadas.

3.3 La maternidad subrogada en las legislaciones locales

Ahora, corresponde hacer un análisis sobre la forma en que se regula a la maternidad subrogada en las distintas legislaciones correspondientes a las entidades federativas

que componen a la República Mexicana. Para ello, únicamente se tomarán en cuenta a aquellos Estados en los que se haga referencia a nuestro tema de investigación, ya sea para permitirla o para prohibirla.

3.3.1 Estados que sí permiten la maternidad subrogada

3.3.1.1 Estado de Tabasco

La maternidad subrogada es una técnica de reproducción humana asistida que sí se permite en Tabasco. Actualmente, se tiene conocimiento de que se habrían realizado un aproximado de 59 contratos, entre 2016 y abril de 2022. Esto, de conformidad con una investigación publicada por el periódico El Herald de Tabasco, en la que se argumenta que la información se obtuvo a través de la Secretaría de Gobierno del Estado (Domínguez, 2023).

El Estado de Tabasco, a través de su Código Civil, fue uno de los primeros, dentro de la República Mexicana, en reconocer las técnicas de reproducción humana asistida como una solución para aquellas parejas que no pudieran concebir de manera natural, considerándola como este vehículo que les permitiría el ejercicio de su derecho a concebir a su prole, aunque fuera a través de otra persona.

Dicho Código fue expedido originalmente en el año 1997. Sin embargo, a la fecha ha recibido varias reformas, siendo la más reciente, al momento de la elaboración de esta investigación, la realizada el 26 de abril del año 2023 y publicada el 10 de mayo del mismo año en el Periódico Oficial de la entidad.

El tema de la maternidad subrogada lo encontramos en el capítulo VI BIS, titulado: DE LA GESTACIÓN ASISTIDA Y SUBROGADA, en el que se detallan conceptos, requisitos, entidades que pueden intervenir y el proceso a seguir para llevar a cabo este tipo de procedimientos.

El contenido inicia con el artículo 380 Bis, en el que se establece el concepto de reproducción humana asistida:

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 (Código Civil del Estado Tabasco [CCET], 1997).

Como se puede apreciar, el Código determina que este es un procedimiento mediante el cual se puede crear a un nuevo ser humano fuera del proceso biológico natural. Asimismo, se menciona a la pareja infértil o estéril, lo que indica que el legislador ha previsto este tipo de procedimiento como una forma de permitir que las parejas que se encuentren en esta situación puedan recobrar la salud, en virtud de ser un derecho humano constitucionalmente protegido. Además, se concibe como un procedimiento destinado a parejas heterosexuales, por lo que personas en lo individual o parejas del mismo sexo quedan excluidas para procrear mediante estas técnicas.

En el segundo párrafo de este mismo artículo se establecen dos tipos de inseminación: la homóloga y la heteróloga. La primera es aquella en la que espermatozoides y óvulos son aportados por la pareja, en la segunda, alguno de aquellos puede ser contribuido por una tercera persona.

El concepto de maternidad subrogada lo encontramos en el artículo 380 Bis 1, bajo el nombre de gestación por contrato, redactado en los siguientes términos:

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 (CCET, 1997).

Aquí se puede apreciar el concepto general de la maternidad subrogada que es cuando una mujer se obliga mediante un contrato a gestar el bebé de una pareja que le contrata y, a la que deberá entregarlo después de su nacimiento. Desde este concepto, el legislador determina que sí se puede llevar a cabo una prestación de un servicio, consistente en la gestación de un bebé ajeno, mediante contrato; uno que es especial y que no sigue las reglas generales de los contratos, pero que permite dar

certeza a los padres de intención que tendrán que invertir una cantidad de dinero en aras de tener un hijo, cuando la mujer se encuentra imposibilitada físicamente para gestarlo por sí misma. Este contrato deberá ser firmado ante notario público, quien se encargará de exigir a los contratantes los requisitos y condiciones que señala el propio Código. Llama la atención que, aunque pudiera ser nulo por alguna circunstancia como un vicio en la voluntad, de acuerdo con el artículo 380 Bis 4, esta nulidad no exime a las partes de las responsabilidades adquiridas. Además, en términos del artículo 380 bis 5, el contrato debe ser aprobado por un juez competente, a través de un proceso judicial no contencioso, para que se reconozca la filiación entre los padres de intención y el feto; así como la renuncia al parentesco con este, por parte de la mujer gestante y su pareja.

Este tipo de gestación por contrato admite dos modalidades, estipuladas en el artículo 380 bis 2: subrogada y sustituta. En la gestación subrogada la mujer gestante deberá aportar sus propios óvulos para que sean unidos al esperma del padre de intención, creando al embrión que deberá gestar y entregar después del parto, mediante adopción plena, a los contratantes. En la gestación sustituta, la mujer gestante no tiene que aportar su material genético, por lo que sólo se le contrata para que gaste al embrión obtenido por la fecundación de los gametos de los padres de intención, teniendo la obligación de entregar al bebé con el que no tiene relación genética.

Por otra parte, el artículo 380 Bis 3, establece varios requisitos que debe cumplir una mujer para poder ser gestante:

- Un perfil clínico, psicológico y social, determinado por la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, a efecto de asegurar que su condición física y psicológica sea favorable para el adecuado desarrollo del feto durante la gestación.
- Estar libre de padecer alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía.
- Tener entre 25 y 35 años cumplidos.
- Dictamen médico que acredite: no haber estado embarazada durante los 365 días previos a iniciar el procedimiento y, que no ha participado en más de dos ocasiones

consecutivas en este tipo de procedimiento de reproducción humana asistida; expedido por institución oficial de salud.

- Otorgar voluntariamente su consentimiento para ser gestante, subrogada o sustituta, según sea el caso.

Así mismo, el artículo 380 Bis 5, estipula otros requisitos y obligaciones para la mujer gestante, al momento de firmar el contrato:

- Ser ciudadana mexicana.
- No estar restringida en sus capacidades de goce y ejercicio.
- Otorgar aceptación pura y simple para que le sea implantando el óvulo fecundado dentro del útero. [Pueden implantarse hasta dos embriones en un mismo procedimiento]
- Obligarse a procurar el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional hasta su nacimiento.
- Reconocer su obligación de dar por terminada su relación contractual con los padres de intención y el bebé, al momento del nacimiento de este.

Finalmente, existe un requisito más que debe cumplir esta persona al momento de que el contrato firmado tenga que ser aprobado por un juez competente, mediante un proceso judicial no contencioso: renunciar a cualquier derecho de parentesco con el bebé.

Como se puede apreciar, son varios los requisitos que se solicitan a la mujer gestante, además de las obligaciones que adquiere. Ya no tendrá, por ejemplo, la facultad demandar cualquier derecho sobre el menor que llevará en su vientre, ya que previamente realizó la renuncia de este ante un juez. En ese sentido, cabe señalar que el artículo 380 Bis 3, prevé que la gestante sí pueda demandar la maternidad y recibir la custodia del menor, pero sólo en caso de incapacidad o muerte de los padres de intención.

También, tendrá algunos derechos como el que se le garantice la atención médica mediante una póliza de gastos médicos mayores en su favor, para que pueda ser atendida durante el embarazo, parto y puerperio. Sin embargo, el propio artículo 380

Bis 7, prevé que, en caso de que se presenten patologías genéticas, o cualquiera que se haya derivado de una inadecuada atención y control médico prenatal y posnatal, la gestante podría demandar a los padres de intención a efecto de que ellos cubran los gastos médicos de estas situaciones. No obstante, considero que esta situación debería quedar previamente protegida mediante un seguro y no tener que esperar a que se resuelva un litigio, pues esto sería una molestia más sumándose a los riesgos que la gestante ya debe correr en aras de beneficiar a otras personas.

Por su parte, los requisitos para los padres de intención, los encontramos en el artículo 380 Bis 5; estos son:

- Ser ciudadanos mexicanos.
- Contar con plena capacidad de goce y de ejercicio.
- Certificado médico expedido por el médico tratante de una institución acreditada en el que se exprese que la madre de intención padece de una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su propio útero.
- Que la madre de intención tenga entre 25 y 40 años.
- Someterse a los estudios que establezca la Secretaría de Salud del Estado, en los que se garantice su salud.

Además de los requisitos ya señalados, el artículo 380 Bis 7, prevé uno más:

- Garantizar, mediante una póliza de gastos médicos mayores en favor de la mujer gestante, los gastos originados en la atención del embarazo, parto y puerperio.

Como se ha podido apreciar, son pocos los requisitos que se exigen para los padres de intención. Todos ellos resultan bastante sustanciales, como el hecho de que tengan que ser mexicanos, que la mujer padezca de alguna incapacidad médica para gestar a sus propios bebés o que esta misma tenga entre 25 y 40 años. Considero que la nacionalidad es muy importante ya que de lo contrario nuestro país se podría convertir en un lugar de turismo para padres de intención de todo el mundo. De igual forma, el hecho que se requiera un padecimiento en la madre de intención es relevante para evitar que algunas personas, por el solo hecho de contar con el poder adquisitivo suficiente y gozando de plena salud, decidan hacer uso de la maternidad subrogada

sólo para que su cuerpo no se vea afectado por el embarazo. Finalmente, que se solicite a la madre de intención un rango de edad, me parece un buen control para evitar que aquellas mujeres que ya no están en edad reproductiva quieran tener un bebé propio, pues ya no se estaría atendiendo una cuestión de enfermedad.

Por otra parte, en relación con el menor nacido bajo esta técnica de reproducción humana asistida, el artículo 380 Bis 6 prevé que tendrá un certificado de nacimiento especial para estos casos y que la filiación entre los padres de intención y el bebé recién nacido se realizará mediante la figura de la adopción plena, misma que tendrá que ser aprobada por un juez competente. Esta figura está determinada en el artículo 398 de Código Civil de Tabasco, manifestando que el adoptado se incorporará plenamente a la familia que le adopta, con los mismos derechos, obligaciones y parentesco encontrados en la filiación consanguínea. Cabe destacar que los adoptantes deberán ser pareja heterosexual, que lleven viviendo, como marido y mujer, al menos cinco años.

Finalmente, en el artículo 380 bis 3, podemos encontrar diferentes disposiciones relacionadas con el contrato de maternidad subrogada y de las partes que en él intervienen. Por ejemplo:

- Será la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado quien determine el perfil psicológico y social de la mujer gestante, previo a la firma del contrato, quedando prohibido que aquella mujer que padezca de alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía pueda ser contratada.
- Además, la mujer gestante deberá tener entre 25 y 35 años, estar completamente informada y manifestar su libre consentimiento por escrito.
- Asimismo, no podrá participar en más de dos ocasiones consecutivas en este procedimiento de gestación y tampoco tendrá la patria potestad sobre recién nacido. En todo caso, la mujer gestante y su esposo pudieran tener la custodia del menor, derivado de la incapacidad o muerte de los padres de intención.
- El contrato deberá ser firmado ante notario público, quien estará obligado a exigir a los contratantes la presentación del dictamen médico que demuestre el

cumplimiento de los requisitos y condiciones señalados en el artículo que se describe.

- Dicho contrato será firmado por:
 - La madre de intención, denominada madre contratante.
 - El padre de intención, denominado padre contratante.
 - La mujer gestante, denominada madre gestante.
 - El esposo o concubino de la mujer gestante.
 - El intérprete, en caso de ser necesario uno.
- 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. También deberán enviar un informe mensual sobre el nacimiento de las personas nacidas bajo estos contratos.

Como se ha podido apreciar, son bastantes y variados los requisitos previstos para llevar a cabo el contrato de maternidad subrogada. Entre otras cosas, podemos destacar el hecho de que la mujer gestante no está facultada para solicitar la maternidad sobre el bebé. Por su parte, aunque el artículo 380 Bis 4, contempla las causas de nulidad de un contrato de gestación, se hace la mención expresa de que la nulidad no eximirá a los contratantes de las responsabilidades adquiridas.

Cabe resaltar que la legislación no hace referencia sobre el pago que hubiere que realizarse a la mujer gestante por la prestación de sus servicios, por lo que se debería estar a la generalidad de los contratos, es decir, pudiera ser a título oneroso o gratuito. De igual manera, se nota un énfasis especial en las obligaciones de la mujer gestante, pero parecen pocas las obligaciones de los padres contratantes.

Entonces, si bien es cierto que se abordan varios elementos que se tienen que considerar en un procedimiento de maternidad subrogada, existen algunos elementos que parecieran transgredir los derechos humanos de la mujer gestante a la que se da el trato de objeto, ya que no se toman en cuenta sus derechos. También falta que se determine literalmente, que pudiera ser un contrato gratuito u oneroso y, desde luego,

que el mismo sea más equitativo, mostrando derechos y obligaciones de ambas partes.

3.3.1.2 Estado de Sinaloa

Otra entidad federativa de la República Mexicana que considera a la maternidad subrogada como un procedimiento viable para poder tener hijos propios mediante el uso del cuerpo de una mujer gestante, es el Estado de Sinaloa. De hecho, de acuerdo con una investigación publicada por El Sol de Sinaloa, entre el año 2013 y el 2021 se habrían presentado poco más de 30 notificaciones de contratos de maternidad subrogada, emitidos por notarios públicos de la entidad. En adición, esta publicación menciona que algunas personas hacen uso de la maternidad subrogada de manera clandestina ya que les resulta más económico (Medrano, 2021).

Enfocándonos en la parte legal, encontramos que es en el Código Familiar de esta Entidad Federativa, donde se contempla la figura de la maternidad subrogada, este fue expedido por primera vez en febrero de 2013 y su reforma más reciente, al momento de realizar esta investigación, fue el 11 de agosto de 2023.

El tema que nos compete para este estudio lo encontramos en el Capítulo V, titulado: De la Reproducción Humana Asistida y la Gestación Subrogada, donde encontraremos toda la información relacionada a los conceptos, requisitos, entes que intervienen en el proceso y los pasos a seguir para hacer uso de este tipo de procedimiento.

En el artículo 282, párrafo primero, se conceptualiza a la reproducción humana asistida en los siguientes términos:

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 persona infértil o estéril (Código Familiar del Estado de Sinaloa [CFES], 2013).*

Se puede apreciar cierta similitud con lo que establece el Código Civil de Tabasco, ya que hace referencia a la creación de un nuevo ser humano fuera del proceso natural, mediante un conjunto de técnicas que deben de ser previamente autorizadas por la Secretaría de Salud [del Estado], lo que tiene lógica pues, en términos generales, se trata del mismo procedimiento médico. Además, considera que los procedimientos deben realizarse por el personal de salud para beneficio de las personas que padezcan de infertilidad o esterilidad, lo que significaría que, no está autorizado en exclusiva para parejas heterosexuales casadas, sino que da a entender que cualquier persona podría tener acceso a este tipo de procedimientos. Sin embargo, esta percepción se corrige en el segundo párrafo del artículo en comento:

Se permite a toda persona sin importar el sexo ni estado civil u orientación sexual, la inseminación o fecundación homóloga y heteróloga, cuando ambos aportantes han otorgado su consentimiento. Se entiende por fecundación homóloga aquella en la que los gametos son aportados por ambos solicitantes, cuando sea el caso; y fecundación heteróloga, aquella en que, por lo menos uno de los gametos, es donado por un tercero extraño al o los solicitantes (CFES, 2013).

Es decir que, sí se permite a cualquier persona, siempre y cuando lo soliciten en pareja. Además, tendrían que aportar los gametos para la fecundación o, en su caso, aportar solo uno de ellos. Esto, porque se entiende que podrían acceder a este tipo de procedimientos, parejas del mismo sexo. Incluso, así se determina en el último párrafo de este artículo. Todo esto, en el entendido de que tienen un problema de esterilidad, infertilidad, o que, al ser pareja del mismo sexo, no pueden procrear naturalmente entre sí.

En este segundo párrafo, también se mencionan los tipos de inseminación: homóloga o heteróloga. La primera es cuando los gametos son aportados por ambos padres de intención y la segunda, cuando al menos uno de los gametos es donado por una tercera persona. También, hay que destacar que el Código permite que cualquier persona, sin importar su estado civil u orientación sexual acceda a la inseminación, siempre y cuando otorguen su consentimiento.

Posteriormente, en el primer párrafo del artículo 283 del Código en comento, se expresa lo siguiente:

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 (CFES, 2013).*

Como se puede observar, a diferencia del Código Civil de Tabasco, aquí sí le dejan el nombre de maternidad subrogada, ya que en aquel le llaman gestación por contrato. En primer lugar, se trata de una práctica médica. En ella existirá una mujer que gestará al producto de la concepción de los padres de intención, los cuales deben ser, de acuerdo con lo establecido en el presente artículo, un hombre y una mujer, cuando esta padezca de alguna imposibilidad física o contraindicación médica para gestar a su bebé por sí sola. De aquí se entiende que sólo las parejas podrían solicitar hacer uso de estas técnicas médicas, derivados de un problema de salud y que las personas en lo individual no podrían acceder a este procedimiento. Finalmente, se hace mención que la participación de la mujer gestante consiste en llevar dentro de su útero el embrión de los padres de intención, durante todo el periodo que dure la gestación y que, su participación en el procedimiento termina con el nacimiento del bebé.

Al igual que en el Código de Tabasco, el Código Familiar de Sinaloa Prevé, en su artículo 284, diversas modalidades de lo que denomina como maternidad de sustitución. Sin embargo, en aquel solo se contemplan dos y en este cuatro. Las modalidades son:

1. Subrogación total. En esta modalidad la mujer gestante aporta sus propios óvulos para ser fecundados artificialmente con el esperma que han aportado los padres de intención y después ser implantados en su vientre. Así, debe gestar al bebé hasta que nazca y luego entregarlo a los padres de intención.
2. Subrogación parcial. En esta modalidad, la mujer gestante no aportará sus óvulos, por lo que será inseminada con los gametos que aportaron los padres de intención

y sólo tendrá que gestar al bebé durante los nueve meses que dura este y cuando nazca también deberá entregarlo a quienes le contrataron.

3. Subrogación onerosa. Se establece como modalidad, la posibilidad que tiene la mujer gestante de cobrar por el servicio prestado, independientemente de que se le tengan que cubrir los gastos derivados del embarazo. Evidentemente, el servicio consiste en embarazarse en lugar de otra persona.
4. Subrogación altruista. En esta modalidad, la mujer gestante se embarazaría por otra, de manera gratuita. Es decir, lo haría sin recibir una contraprestación económica por el servicio proporcionado, solo se pagarían los gastos derivados del embarazo.

Haciendo una comparativa entre las modalidades de maternidad subrogada que presenta el Código Civil de Tabasco y el Código Familiar de Sinaloa, encontramos diferencias en los nombres, pero en esencia son las mismas dos modalidades. Sin embargo, aunque el Código de Sinaloa les llama modalidades, lo que existe es la posibilidad expresa de cobrar por gestar el bebé de otra persona, sin perder de vista que ese bebé podría tener un vínculo sanguíneo con la mujer gestante.

Para poder gestar el bebé de otra persona, el Código Familiar de Sinaloa establece varios requisitos, entre los que se encuentran:

- Tener entre 25 y 35 años.
- Tener, cuando menos, a un hijo consanguíneo sano.
- Gozar de buena salud psicosomática
- Otorgar voluntariamente su consentimiento para embarazarse en favor de otra persona.
- No padecer de alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o cualquier otra toxicomanía.
- Permitir una visita domiciliaria por parte de la unidad hospitalaria tratante.
- Acreditar, mediante dictamen médico, no haber estado embarazada durante los 365 días previos a la inseminación artificial.
- Acreditar no haber participado más de dos veces consecutivas en el mismo tipo de procedimiento.

- Debe firmar personalmente el contrato de maternidad subrogada.
- Ser ciudadana mexicana.
- No estar restringida en sus capacidades de goce y ejercicio.
- Otorgar aceptación pura y simple para que se le implante el óvulo fecundado de los padres de intención, procurar el bienestar y sano desarrollo del feto, y dar por terminada su relación con aquellos y este, al momento de su nacimiento.

Es observable que, los requisitos que establece este Código para poder ser mujer gestante son varios; resaltando las obligaciones que tiene para con los padres de intención y el bebé que deberá portar dentro de su cuerpo por todo el periodo de gestación de este. Los requisitos y obligaciones son muy parecidas a las que se establecen en el Código Civil de Tabasco. Aunque, a diferencia de este, el de Sinaloa no prevé la póliza de gastos médicos mayores en favor de la gestante, para el caso de que se presentaran patologías derivadas del embarazo por encargo. Tampoco se hace referencia al número de embriones que pudieran implantarse en su útero, dentro de un mismo procedimiento.

Para ser padres de intención también se tienen algunos requisitos, mismos que se presentan a continuación:

- Ser ciudadanos mexicanos.
- No estar restringidos en sus capacidades de goce y ejercicio.
- La madre de intención debe acreditar que tiene una imposibilidad física o una contradicción médica para gestar a su bebé por sí sola.
- Hacerse los estudios que establezca la Secretaría de Salud del Estado.

En este caso nos encontramos ante un muy reducido número de requisitos hacia los padres de intención, ya que, a diferencia de la legislación de Tabasco, aquí no se exige rango de edad para la madre de intención, ni que garanticen los gastos que se deriven del embarazo parto y puerperio.

En cuanto a la filiación del menor con los padres de intención y su inscripción en el registro civil, el artículo 293 establece que la filiación será contemplada desde el momento de la fecundación. El médico tratante expedirá el certificado de nacimiento

en favor de la madre de intención, haciendo constar que el bebé nació bajo el procedimiento de maternidad subrogada.

Es posible apreciar que, a diferencia de la legislación de Tabasco, no se exige la participación del órgano jurisdiccional para que se determine la filiación entre los padres de intención y el menor recién nacido, ya que esta se determinará únicamente con el certificado de nacimiento, como si de un hijo nacido naturalmente se tratara. Además, si bien es cierto que el médico debe llenar un formato expedido por la secretaría de Salud, la normatividad no establece que dicha secretaría deba llevar un registro de este tipo de nacimientos, como sí lo hace el Estado de Tabasco; situación que se torna relevante para poder un análisis de los efectos, positivos o negativos, resultado de estas prácticas médicas.

El contrato de maternidad subrogada será el instrumento legal mediante el cual los padres de intención y la mujer gestante expresarán, su voluntad para obligarse de manera personal en todo lo relacionado con el procedimiento que se realizará a efecto de procrear de forma asistida. Los derechos y obligaciones adquiridas a través de este instrumento serán personalísimos, por lo que no podrá ser firmado por algún representante legal. Cabe resaltar que este contrato deberá firmarse ante Notario Público, por lo que las personas que deberán firmarlo son:

- Los padres de intención.
- La mujer gestante
- Un intérprete (sólo en caso de ser necesario)
- El Notario Público
- El director de la clínica que llevará a cabo el procedimiento médico.

Después de firmado, habrán de notificarse los efectos de este ante la Secretaría de Salud del Estado y al Registro Civil, ya que el menor adquirirá la filiación con los padres de intención desde el momento de la fecundación.

Por otro lado, el artículo 288 del Código Familiar de Sinaloa, establece las causas que hacen nulo un contrato de maternidad subrogada; sin embargo, el propio artículo determina que, pese a la nulidad de este, sí produce efectos, manteniendo las

responsabilidades adquiridas por su firma. Pese a esto, el artículo 295 sostiene que el instrumento puede ser inválido en caso de existir error o dolo respecto a la identidad de los padres de intención por parte de la mujer gestante, dejando sus derechos a salvo para poder demandarles daños y perjuicios o interponer denuncia penal.

Finalmente, la mujer gestante podría demandar a los padres de intención el pago de gastos médicos, si se presentaran patologías derivadas de una inadecuada atención médica durante el procedimiento, antes y después del nacimiento del bebé. Nuevamente, considero que sería mejor que existiera un seguro de gastos médicos mayores, pagado por los padres de intención en favor de la gestante, desde la firma del contrato y no tener que esperar a ganar la demanda civil y poder hacerla efectiva cuando ya se tenga el padecimiento.

En relación con la posibilidad que pudiera tener la mujer gestante de recibir una contraprestación económica por el servicio prestado, el Código Familiar de Sinaloa sí prevé su posibilidad, haciendo énfasis en que el hecho de que una mujer decida embarazarse en lugar de otra, de considerarse como un servicio por el cual se paga una cantidad cierta y determinada. En ese mismo sentido, El Sol de Sinaloa, a través de un artículo de Irene Medrano (2021), pudo recabar el caso de una mujer que considera que rentar su vientre puede ser un negocio, pues la primera vez que lo hizo pudo salir de algunos problemas económicos que tenía gracias al dinero que le pagaron.

3.3.1.3 Estado de Coahuila

En realidad, este Estado de la República Mexicana no contempla expresamente a la maternidad subrogada como un método de reproducción humana asistida [TRHA], pero si contempla otras técnicas, como se puede apreciar en el artículo 366 de la Ley para la Familia del Estado de Coahuila de Zaragoza, que dispone lo siguiente:

Artículo 366. *Se entiende por asistencia médica para la fecundación las prácticas clínicas y biológicas que permiten la concepción in vitro, la transferencia de embriones y la inseminación artificial, así como toda técnica de efecto equivalente que permita la fecundación fuera del proceso natural* (Ley para la Familia del Estado de Coahuila de Zaragoza [LFECZ], 2015).

Como se puede apreciar de la anterior transcripción, el texto legal utiliza la frase <toda técnica de efecto equivalente que permita la fecundación fuera del proceso natural>. Esto significa que, dentro del mundo de posibilidades generado por las distintas interpretaciones, la maternidad subrogada sería una de ellas. Sin embargo, definitivamente se considera necesaria la enunciación expresa sobre este tema, en virtud de estimarse relevante, como en los dos códigos anteriores, para que se contemplen los derechos y obligaciones de los participantes en el contrato de maternidad subrogada, lo mismo que el contenido del contrato y todos los elementos que puedan ser parte de este.

Así, toda vez que la maternidad subrogada no se encuentra explícitamente determinada, ni percibido su procedimiento legal, podría afirmarse que no está autorizado su uso dentro de este Estado de la República Mexicana. Pero, al menos, sí contempla aquellos métodos que permitan la fecundación de un óvulo fuera de los procedimientos naturales.

3.3.2 Estados que prohíben la maternidad subrogada

Después de analizar la legislación de aquellos Estados de la República Mexicana que sí permiten que se lleve a cabo la práctica de la maternidad subrogada, o que al menos contemplan algún medio de fecundación distinto al natural, corresponde realizar un estudio sobre aquellos que, explícitamente prohíben el uso de esta técnica.

Se considera pertinente y plausible que las legislaturas de los Estados indiquen mediante sus cuerpos legales, si se considera permitida o no la técnica de reproducción humana asistida de maternidad subrogada, para que no se deje en el vacío legal a este tipo de prácticas y con ello se evite la posible violación de derechos humanos de aquellos que intervienen en el proceso.

3.3.2.1 Estado de San Luis Potosí

San Luis Potosí es uno de los Estados de la república mexicana que se oponen al uso de la maternidad subrogada como una forma de procrear y por ello en su Código Familiar lo prohíbe. Este Código fue publicado por primera vez en diciembre de 2008

y tuvo su última reforma, al momento de realizar la presente investigación, en septiembre de 2023.

Así, el Código en comento desconoce la posibilidad de llevar a cabo un contrato de maternidad subrogada, y lo expresa de la siguiente manera en su artículo 241: *“Todo pacto o convenio que verse sobre la reproducción humana asistida, realizado en nombre de otra persona es inexistente”*. Como se puede apreciar, este tipo de contratos no se reconocen en la entidad, por lo que no tiene caso que se quiera pactar este tipo de acuerdo y plasmarlo en un contrato, pues el gobierno de esta Entidad simplemente lo considera inexistente.

Aunado a lo anterior, en el primer párrafo del artículo 243 se hace mención de que: *“Es inexistente la maternidad substituta y por lo mismo no producirá efecto legal alguno”*. Entonces, el Código busca ser bastante explícito al respecto y, como si no fuera suficiente el desconocer la existencia del contrato, también estipula que, en todo caso, no produciría efectos legales, lo que implica que la gestante no se encontraría obligada a entregar al recién nacido, ni a renunciar al derecho a ser madre de este. Por otro lado, tampoco serviría para determinar la filiación entre el menor y los padres de intención.

Asimismo, encontramos que este Código busca ser muy claro respecto de la negativa de tolerar el uso de este tipo de técnicas de reproducción humana asistida y para ello en el primer párrafo del artículo 244 se establece lo siguiente:

ARTICULO 244. *La filiación de las hijas o hijos nacidos fuera del matrimonio, con relación a la madre, resulta del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una resolución judicial que declare la paternidad. También se consideran hijas o hijos del matrimonio los concebidos mediante prácticas de reproducción humana asistida, realizadas con el consentimiento del marido, quien para tal efecto deberá otorgarlo por escrito, con las formalidades de ley* (Código Familiar del Estado de San Luis Potosí [CFESLP], 2008).

Ha sido muy enfático el legislador al establecer que la filiación entre hijos y su madre sólo se puede determinar por el nacimiento, de tal suerte que no importa si una mujer

decidió embarazarse por otra; en ese caso el bebé obtendrá la filiación de la mujer que le haya parido. Incluso, si una mujer, estando dentro del matrimonio, decide embarazarse en favor de otra y su esposo consintió tal acuerdo, el hijo resultante también lo será de este último. Con ello, se percibe que el legislador ha buscado inhibir completamente que alguna pareja desee contratar a una mujer para gestar a su bebé. Al igual que busca que las mujeres saludables y sus esposos o concubinos, se abstengan de prestar el cuerpo de ella para tal fin, pues el bebé resultante se considerará hijo del matrimonio para todos los efectos legales.

Aunado a lo anterior, en el segundo párrafo del artículo 246 de este Código se establece que:

La reproducción humana asistida llevada a cabo en la madre con autorización del cónyuge, se equipara a la cohabitación para los efectos de la filiación y la paternidad, independientemente de que el material genético pertenezca a un tercero en su carácter de donador (CFESLP, 2008).

Es decir que, si una mujer acepta embarazarse, aunque haya sido por encargo de alguien más, se considera que ha consentido ser madre del menor que nacerá y la aceptación que el esposo otorgue para que su cónyuge se embarace en favor de alguien más, se considerará como cohabitación, por lo que se reafirma que ellos serán los padres legítimos de ese menor, aunque no existiera un lazo sanguíneo entre ellos.

Queda claro que el Estado de San Luis Potosí se ha tomado muy en serio este tema y ha dejado en claro su postura: ahí no se permite el uso de la maternidad subrogada como una forma de procrear hijos en beneficio de alguien más, desconociendo por completo la existencia del contrato y sus efectos. Indicando, además, que los padres de ese menor serán: la mujer que lo parió y el esposo o concubino que aceptó que su pareja permitiera que se le implantara el material genético de alguien más.

3.3.2.2 Estado de Querétaro

Ahora, corresponde el análisis a la legislación del Estado de Querétaro quién también contempla a la maternidad subrogada a través de su Código Civil. Este fue promulgado el primero de septiembre de 2009 y su más reciente reforma es del 27 de mayo de

2022. Aquí se contempla a las técnicas de reproducción humana asistida en los siguientes términos:

Artículo 22. *La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento que un individuo es concebido, de manera natural o por medio de las técnicas de reproducción asistida, queda bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.*

La persona que haya sido producto de una inseminación artificial o procreación asistida, con contribución de donante o donantes, tendrá el derecho, cuando adquiera la mayoría de edad, de conocer la identidad de sus padres biológicos. En los casos de adopción se estará a lo dispuesto por este Código. (Ref. P. O. No. 19, 31-III-11)

La revelación de la identidad del donante, en los supuestos en que proceda con arreglo a la ley de la materia, no implicará determinación legal de la filiación (Código Civil del Estado de Querétaro [CCEQ], 2009).

Como se puede apreciar, este artículo hace referencia a la capacidad de las personas. Pero lo que resaltamos es que reconoce la capacidad de aquellas que fueron concebidas bajo diversas técnicas de reproducción asistida. Incluso, les da el derecho de conocer la identidad de sus padres biológicos. Aunado a lo anterior, en el artículo 312, fracción III, se observa que este Código, deja claro que las personas concebidas con la ayuda de estas técnicas también tienen derechos, manifestándolo en los siguientes términos:

Artículo 312. *Se presumen hijos de los cónyuges:*

(...)

III. Los hijos nacidos como producto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, siempre y cuando no haya sido revocado el consentimiento para ello.

Se presume revocado el consentimiento, por la simple disolución del vínculo matrimonial, salvo que se ratifique el consentimiento, por ambas partes, de que

se reconozca como hijo de matrimonio el producto derivado de la aplicación de dichas técnicas.

Ni el marido ni la mujer, cuando previa y expresamente hayan prestado su consentimiento a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrá impugnar la filiación del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación (CCEQ, 2009).

Como se puede observar, el Código considera presuncionalmente que los hijos nacidos mediante la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida se reputarán como nacidos dentro del matrimonio. Lo anterior pudiera inferirse como una posibilidad de hacer uso de la maternidad subrogada, ya que también es considerada una técnica de reproducción humana asistida. Sin embargo, el mencionado Código Civil lo prohíbe en los términos siguientes:

Artículo 400. *Las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión.*

En la adopción de embriones queda prohibido seleccionar el sexo del niño a adoptar, ni se podrá rechazar el producto si éste nace con alguna enfermedad o defecto físico (CCEQ, 2009).

Entonces, hemos visto que el Código sí permite que se pueda hacer uso de las técnicas de reproducción humana asistida para las parejas que lo necesiten, en el entendido de que les ayuden a superar algún problema de infertilidad o esterilidad, ya que expresamente prohíbe seleccionar el sexo del bebé, así como el uso de la maternidad subrogada. Además, se prohíbe, literalmente, que se busque contratar los servicios de una mujer gestante. De este modo, Querétaro es el segundo Estado de la República que prohíbe el uso de este tipo de procedimientos o técnicas, aunque no sea tan explícito como San Luis Potosí.

3.3.3 Consideraciones sobre maternidad subrogada en los Estados que han legislado al respecto

Después de hacer un análisis de aquellas legislaciones que, al interior de los Estados de nuestro país contemplan a la maternidad subrogada, hemos podido advertir que

solo en cinco, de las treinta y dos entidades federativas que componen la totalidad del territorio nacional, se contempla expresamente a las técnicas de reproducción humana asistida. Y solo en cuatro de estos se contempla a la maternidad subrogada: en el 50% se permite su uso y en el otro 50% se le prohíbe o desconoce. Esto se ha realizado a través del Código Civil o Código Familiar. De los dos Estados en los que se permite la maternidad subrogada, en ambos se exige que el contrato sea firmado ante notario público, pero sólo en uno se exige que sea aprobado por juez competente; en uno la filiación se realiza con una acta de alumbramiento y en el otro se requiere determinación judicial; en uno se permite que la gestante cobre por el servicio prestado y en el otro no se autoriza, pero tampoco se prohíbe; en ambos se exige que la gestante sea mexicana, libre de vicios, tener entre 25 y 35 años y que no haya participado más de dos veces seguidas en este tipo de procedimientos, entre otras exigencias.

Ahora, aunque se considera un gran avance el que estos Estados contemplen a la maternidad subrogada dentro de su legislación interna, no se encuentra explicación para que a nivel federal no existan leyes al respecto. Cuáles podrían ser las razones por las que el Congreso de la Unión no haya regulado este tipo de conducta que se encuentra presente en nuestro país desde hace ya algún tiempo, máxime que en algunas Entidades al interior de la República ya está contemplada, como vimos, en sus reglamentaciones locales.

Al respecto, la maestra Regina Tamés (2020), menciona que de un estudio que realizó, pudo constatar que desde 2012 a la fecha se han ingresado un aproximado de ocho iniciativas de ley al Congreso de la Unión, pero que ninguna de ellas ha sido aprobada. Considera que las posibles razones de esta falta de aprobación pudieran ser:

- Determinar si este tipo de técnicas deben estar al alcance de todas las personas, considerando a las parejas del mismo sexo.
- La crioconservación. Ya que muchas personas consideran que de esta forma se mantienen congelados a los seres humanos.

De acuerdo con este estudio, las razones para no legislar sobre la maternidad subrogada a nivel federal parecen demasiado superficiales, pues en aras de no tomar

una decisión sobre el tema se prefiere no hacer nada. Sin embargo, no hacerlo también es tomar una decisión, misma que pudiera dejar en estado de indefensión a muchas personas. De hecho, para permitir que este tipo de técnicas se realicen legalmente en nuestro país, bastaría con revisar que no se vulneren los derechos de otras personas, al mismo tiempo que se busca que otras puedan ejercer el propio. En ese sentido, facultar o no, a las parejas homosexuales para que accedan a este tipo de técnicas tendría que ver con el objetivo que se persigue; pues si se considera que este es que cualquier persona pueda solicitar que le gesten a un bebé, porque lo hace en ejercicio a su derecho a la procreación, entonces no habría problema en que las parejas homosexuales hicieran uso de este tipo de procedimientos. Lo mismo sería en el caso de la crioconservación, si el objetivo es ejercer el derecho a la disposición del cuerpo, no habría problema en que se autorice. En todo caso, como ha sucedido en otros países, si posteriormente se realizan nuevos análisis y argumentos sobre el tema, puede volverse a legislar. Lo importante es que el parlamento en cuestión no se mantenga ajeno a las circunstancias actuales y olvide su función principal: crear normas de derecho para regular la conducta humana, en aras de vivir organizadamente en paz, respetando los derechos humanos de todas las personas.

Ahora, si tomamos en cuenta que algunos Estados de la República ya tomaron una decisión al respecto y sabemos que otros países también han decidido hacer frente a esta situación en sus respectivos territorios, parece pertinente tomar una postura con base en todas aquellas reglamentaciones que ya existen. De esa manera, la determinación que se tome gozará de mayores elementos que permitan presuponer que se toma la más adecuada o pertinente.

3.4 Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la maternidad subrogada

En 2018, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN] se pronunció sobre el tema de estudio que se aborda en esta investigación, mediante la sentencia recaída en el Amparo en Revisión 553/2018. En él se abordaron distintos cuestionamientos, siendo el primero de ellos: ¿Puede reconocerse el derecho a la procreación mediante el acceso a las técnicas de reproducción asistida a las parejas

de matrimonio homosexuales? La Primera Sala resolvió como afirmativa esta posibilidad.

Fundamentaron su resolución en distintos aspectos. Comenzaron con el artículo cuarto de la Constitución Federal, que prevé la posibilidad que tienen las personas de decidir sobre el número de hijos que desean tener, lo que implicaría una protección a la organización y desarrollo de la familia, entendiendo esta como una realidad social, “*por lo que tutela todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente*” (Amparo en Revisión 553/2018: 2). En ese sentido, este derecho también pertenece a las parejas del mismo sexo. Por otro lado, consideraron que se deriva el derecho a decidir procrear un hijo, por lo que el Estado no debe entrometerse arbitrariamente. Decisión que tomaron en concordancia con la interpretación del artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que los derechos reproductivos incluyen la decisión de ser padre o madre en el sentido genético o biológico; esto incluye la libre elección y acceso a métodos de reproducción humana asistida que sean seguros y de fácil acceso, cuando las parejas tienen problemas de infertilidad. No obstante, la Primera Sala de la SCJN consideró que, aunque las parejas del mismo sexo no pueden procrear en virtud de no ser posible que personas del mismo sexo logren engendrar un nuevo ser, también les debe asistir el derecho a convertirse en padres o madres, en términos del artículo primero Constitucional que establece el goce de los derechos humanos para todas las personas sin distinción de preferencias sexuales.

Otro cuestionamiento que buscaron resolver fue la probable determinación de cómo debe operar la filiación cuando se hace uso de las técnicas de reproducción humana asistida y, en específico, de la maternidad subrogada. En este sentido, reconocieron que la reproducción humana asistida consiste en la aplicación de técnicas para facilitar el nacimiento de un ser vivo, cuando la pareja presenta problemas de infertilidad. Llama la atención que la propia Primera Sala de la Corte ponga en un primer plano el hecho de que las técnicas para la reproducción humana asistida están destinadas para parejas con problemas de infertilidad, por lo que este tipo de procedimiento no aplicaría en parejas del mismo sexo o personas en lo individual, de acuerdo con sus propias

premisas. No obstante, para el caso de la maternidad subrogada, al cual llamaron útero subrogado, no consideraron que esta deba usarse únicamente en el caso de la pareja que tenga problemas de salud para procrear, sino que, la definieron de la siguiente manera:

Maternidad subrogada. *La técnica conocida como maternidad subrogada, gestación subrogada o por sustitución, o útero subrogado, consiste esencialmente en que a una mujer se le implante un cigoto o embrión en su útero con el fin de que se geste el nuevo ser hasta su nacimiento, con el compromiso de esa mujer de abandonar o entregar al recién nacido con el fin de que la madre, el padre o la pareja que la contrató lo asuman como hijo. Y en el que puede haber diversas modalidades, pues la madre gestante puede o no aportar el óvulo, y el espermatozoide puede o no ser dado por algún miembro de la pareja que la contrató (Amparo en Revisión 553/2018: 7).*

Como se puede apreciar, básicamente se trata de la prestación de un servicio en el que las personas que contratan a la mujer gestante se obligan ser los padres del menor nacido bajo esa técnica; independientemente de si el contrato lo hizo un hombre, una mujer o una pareja, heterosexual u homosexual. Aunado a lo anterior, no tuvieron ninguna limitante al establecer que la mujer gestante, además de tener la obligación de sustentar en su seno al embrión del solicitante hasta su nacimiento, también pudiera tener la obligación de aportar sus propios óvulos, lo que implica que sí existiría una relación de parentesco directa entre ella y el bebé. Evidentemente, tampoco tuvieron limitante alguna para determinar que la gestante estuviera obligada a abandonar o entregar al recién nacido; es decir que, de acuerdo con su reflexión, abandonar a tu propio hijo no se considera como una conducta reprochable por la sociedad, siempre y cuando se lleve a cabo en beneficio de alguien que solicite ser padre de ese menor.

En este sentido, se aprecia que para los ministros son más importantes los derechos de la persona que tiene el deseo de convertirse en padre o madre, que los de la mujer que, quizá por necesidad económica, acepte gestar al hijo de otra persona, relegando su participación al de un simple objeto prestador de servicios.

De hecho, la propia Sala de la Corte concluyó que el elemento fundamental para determinar la filiación entre los padres de intención y el menor nacido bajo un procedimiento de maternidad subrogada, es la voluntad procreacional, concepto que definieron como *“el deseo de asumir a un hijo como propio, aunque biológicamente no lo sea, y con esto, todas las responsabilidades de la filiación”* (Amparo en Revisión 553/2018: 5). Es decir que lo que se apoya es la voluntad de las personas para realizar cualquier actividad, sin importar cuestiones éticas o de salud, o los derechos de otras personas.

En ese sentido, con base en esa voluntad, los padres de intención se encontrarán legalmente facultados para reconocer al menor recién nacido como propio, siendo conscientes, además, de las obligaciones que adquirirán si optan por el uso de esa técnica.

Con este tipo de argumentación, considero que, nuevamente, se dejan de lado los derechos de la mujer gestante por una parte y por la otra, se hace uso de palabras que enaltecen los deseos de las personas que tienen la capacidad económica para contratar a otras en beneficio propio. Pienso que se soslayan los derechos de la mujer gestante en virtud de que no entraron al estudio de los que se pudieran ver afectados en su perjuicio, ya que ni siquiera se preguntaron por qué una persona aceptaría someterse a toda esta serie de procedimientos que causarán deterioro a su salud, o por qué una persona se obligaría a abandonar a su propio hijo; simplemente estimaron que ella haría uso de su derecho al libre desarrollo de la personalidad y por eso es apta para contratarse y obligarse a prestar ese servicio. Al mismo tiempo, observo que el término voluntad procreacional ensalza, o eleva a grado o dignidad superiores, manifestando aprecio o admiración por la voluntad de aquellas personas que desean procrear a sus hijos mediante el deterioro del cuerpo de una mujer que muy posiblemente no cuenta con recursos económicos y que concluyó que esta sería la forma idónea de obtenerlos. Es decir, tiene más valor el deseo de estas personas que los derechos humanos de la mujer gestante; máxime si se tomaron el tiempo suficiente para conseguir una vasta argumentación sobre la cantidad de derechos humanos que

se protegen al darle ese valor a la voluntad procreacional, pero no lo hicieron en relación con los derechos de la gestante.

Esto es así, ya que solo podrán contratar a otro aquellos que tengan los recursos económicos suficientes para hacerlo. Asimismo, se entiende que solo buscará ser contratado aquel al que le falten recursos económicos. Es por estas razones que la práctica de esta técnica, en la que se autoriza comerciar con el cuerpo de una mujer, se juzga violatoria del derecho humano a la dignidad de las personas, independientemente de la resolución que haya emitido es Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Ahora, en el caso concreto del Amparo en Revisión 553/2018, la Primera Sala de la SCJN tenía que resolver sobre la filiación de un menor nacido bajo la técnica de maternidad subrogada, a petición de una pareja del mismo sexo, en el Estado de Yucatán. La Sala reconoció que en ese Estado de la república mexicana no existe regulación sobre los hijos nacidos mediante esta técnica de reproducción humana asistida, aunque tampoco existe a nivel federal. Sin embargo, coincidieron que la falta de normatividad no tendría que ser un impedimento para proteger los derechos de las personas. Por ello, convinieron que para poder fijar la filiación en este tipo de casos era necesaria la voluntad procreacional de los padres de intención y la voluntad de la madre gestante, libre de vicios y con plena capacidad de ejercicio.

Entonces, para dar validez a la voluntad de la mujer gestante se basaron en el ejercicio de su derecho al libre desarrollo de su personalidad, ya que, de acuerdo con ellos, es gracias a su libre voluntad que accede a ayudar a quienes no pueden procrear de forma natural. Pareciera que nunca les pasó por la mente que esta mujer aceptara prestar este tipo de servicio debido a una necesidad financiera; contando con su capacidad reproductiva como única moneda de cambio.

Finalmente, convinieron en que el vínculo biológico no debe ser un requisito indispensable para determinar la paternidad respecto de un hijo. En primer lugar, está el derecho del menor a tener una filiación y, aunque reconocieron que anteriormente la filiación jurídica debería de coincidir con la biológica, lo cierto es que esto no siempre es posible. En ese sentido, sostuvieron que el derecho a la identidad del menor pudiera

garantizarse mejor si se le reconoce la realidad social que le rodea, como cuando el progenitor biológico se separa de su hijo. Por ello reconocieron que los Códigos Civiles cuentan con diversas reglas concernientes a la filiación en aras de cumplir con las distintas finalidades que de ella se derivan. También argumentaron que, en la actualidad se puede hacer uso de algunas TRHA, como la fertilización in vitro, ya no se tiene certeza de que la mujer que ha parido a un bebé también tenga un vínculo genético con él. Por su parte, los propios códigos han determinado la presunción de hijo, nacido dentro del matrimonio, con respecto del padre, aunque pudiera no tener vínculo biológico con el menor. Para los que nacen fuera de matrimonio, se prevé el reconocimiento de hijo a efecto de crear la filiación legal entre este y el padre, la madre o ambos; aunque no exista vínculo biológico entre ellos. A este respecto, la Primera Sala de la SCJN menciona:

[...] la inexistencia del vínculo biológico no necesariamente tiene como consecuencia la modificación de la filiación jurídica del menor, ya que esto dependerá de lo que exija el interés superior del menor en el caso concreto (Amparo en Revisión 553/2018: 21).

Claramente se puede apreciar que, dependiendo de la situación en que se encuentre el menor, deberá optarse por reconocer la filiación legal o la biológica, en aras de mantener el entorno más saludable de este. Sin embargo, me parece que no se está ante la misma situación en relación con un hijo nacido de un procedimiento de maternidad subrogada, ya que en este caso se trata de analizar una situación que pudiera ser previsible y no una situación de hecho.

Siguiendo con el mismo argumento, la Sala reconoce la posesión de estado de hijo como instrumento para determinar la filiación del menor:

[...] la posesión del estado de hijo no es sólo un indicio de la paternidad, sino que también es un instrumento para reconocer jurídicamente una situación de hecho que no corresponde a la realidad biológica cuando ese reconocimiento es más benéfico para el menor involucrado (Amparo en Revisión 553/2018: 23).

Nuevamente se puede apreciar que se está ante una situación de hecho, en la que lo más benéfico para el menor puede ser que legalmente se le establezca este vínculo

legal, a efecto de brindarle seguridad jurídica sobre un entorno que ya conoce. Situación que no coincide con la maternidad subrogada, pues esta se planea previamente a la existencia del menor, por lo que las circunstancias en ambos casos son muy distintas.

Me parece que haber resuelto una situación de hecho, aunque procediera del uso de la maternidad subrogada, con base en el interés superior del menor, fue algo correcto que hizo la Primera Sala de la SCJN. Sin embargo, no me parece correcto que el mismo argumento se pueda utilizar para determinar la legalidad de un procedimiento que no se ha analizado a fondo por las propias autoridades encargadas de legislar. Y es que, recientemente, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación avaló la práctica de la maternidad subrogada al pronunciarse sobre una acción de inconstitucionalidad del Código Civil de Tabasco, considerando que dicha técnica de reproducción humana asistida debe ser permitida no solo a parejas heterosexuales y nacionales, sino que también se debe permitir a las parejas del mismo sexo, aunque sean extranjeras (Fernández, 2021).

A ese respecto, la escritora Samantha Anaya (2021), publicó un reportaje en la página web de “SonaDocs, periodismo de resistencia”, en el que hizo mención sobre los razonamientos de la SCJN al respecto de la maternidad subrogada al momento de decidir sobre la inconstitucionalidad de algunos artículos del Código Civil de Tabasco.

En esa publicación, en la que también se puede tener acceso al video de la sesión remota del Pleno de la SCJN que se transmitió vía la plataforma de YouTube, el pasado 3 de junio de 2021, la autora redactó lo que considera fue la postura de la Corte Suprema de nuestro país. Se pudo observar que el presidente de dicha corte exhortó al Congreso de la Unión para que legislaran sobre la maternidad subrogada, sosteniendo que debe permitirse a las mujeres gestantes obtener una remuneración económica por su participación en dicho proceso, a efecto de evitar que se caiga en la clandestinidad.

Se hizo mención, en dicha sesión de la Corte, que es importante prohibir expresamente la venta de niños, por lo que también se sugirió que la participación de la mujer gestante solo pudiera ser de manera altruista. Por su parte, la periodista dio la nota de

que un grupo de feministas se manifestaron en contra de lo que la SCJN determinó, indicando que la maternidad subrogada no respeta los derechos humanos de las mujeres ni de los infantes.

Sobre esta misma sesión de la Corte, el profesor Antonio Fernández (2021), profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México [UNAM], comentó que la Procuraduría General de la República [PGR], interpuso una acción de inconstitucionalidad, en 2016, en contra de algunas disposiciones sobre maternidad subrogada, del Código Civil de Tabasco, pues se consideraban discriminatorios de las parejas homosexuales y de los extranjeros, al no permitir que tuvieran acceso a la misma. En ese sentido, el autor enfatizó que *“la Corte autorizó que cualquier persona casada o soltera, en pareja o individualmente, pudiera hacerlo como una forma de desarrollo de la personalidad y de la familia”* (Fernández, 2021: párrafo 5). Incluso, autorizó que personas extranjeras tuvieran acceso a este tipo de técnicas de reproducción humana asistida.

De lo anterior se desprende que la Corte ha dado pie a que los extranjeros vengan a nuestro país a realizar los procedimientos de maternidad subrogada que son prohibidos en sus países o son más baratos que en aquellos, por lo que se considera que con este tipo de resoluciones convierten a México en un paraíso legal para que los extranjeros puedan venir a tener hijos, con la ayuda de los vientres de mujeres mexicanas de escasos recursos, que no dudarán en sacrificar su cuerpo en aras de conseguir algo de dinero para sus familias. En todo caso, se considera urgente crear la legislación correspondiente y seguir debatiendo sobre este tema tan delicado con miras a preservar los derechos de las mujeres gestantes y de la posible venta de menores.

En otro orden de ideas, en 2019 la SCJN se pronunció sobre la maternidad subrogada a través de una tesis aislada, emitida por la Primera Sala, con número de registro 2020798, y que a la letra expresa:

FILIACIÓN DE UN MENOR DE EDAD NACIDO BAJO LA TÉCNICA DE MATERNIDAD SUBROGADA. ES DEBER DEL JUEZ ESTABLECERLA, AUN ANTE LA AUSENCIA DE REGULACIÓN ESPECÍFICA.

La ausencia de regulación expresa o específica sobre cómo establecer la filiación de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, y particularmente de la llamada maternidad subrogada o útero subrogado, no debe erigirse en impedimento para que el Juez se pronuncie al respecto, no sólo porque el silencio de la ley no lo autoriza a dejar de resolver alguna controversia, sino porque en términos del artículo 1º. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el goce y el ejercicio de los derechos humanos de las personas no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece y asimismo, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, entre los cuales se encuentra el derecho a la identidad de los menores de edad y la necesidad de atender a su interés superior. En ese sentido, ante la realidad fáctica de un niño o una niña nacido bajo esta técnica, su derecho a la identidad y la protección a su interés superior exigen determinar la filiación que les corresponde, ya que tienen derecho a contar con todos los derechos derivados de la filiación, como los alimentarios y sucesorios, así como a recibir cuidados, educación, afecto y todo lo necesario para su adecuado desarrollo. Al respecto, debe determinarse si entre las reglas aplicables en materia de filiación y registro de nacimiento hay algunas que permitan atribuir la filiación, como lo serían la presunción de paternidad o el reconocimiento de hijos. Asimismo, debe tenerse presente que la demostración de un vínculo biológico no es un requisito indispensable para establecer la filiación sobre un hijo, como sucede en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, en las que opera al respecto la voluntad para concebirlo o voluntad procreacional y en el caso de la maternidad subrogada, es necesaria también la concurrencia de la voluntad libre de vicios de la madre gestante, y sobre la base de que dicha mujer debe ser mayor de edad y con plena capacidad de ejercicio.

De la anterior tesis jurisprudencial se pueden resaltar los siguientes elementos relacionados a la filiación por maternidad subrogada: primero, que la filiación se puede presumir o reconocer y, segundo, que un vínculo biológico no es un requisito indispensable para determinar la filiación sobre un hijo, pues hay que tomar en cuenta la voluntad de concebirlo.

Es decir que, aunque a nivel federal y en la mayoría de las Entidades federativas, no se establezca legalmente la filiación derivada de un contrato de maternidad subrogada, la SCJN considera que sí es viable en virtud de que, dichas leyes sí contemplan la figura de la presunción de paternidad y la de reconocimiento de hijos. Aunque, hay que resaltar que los supuestos para determinarlas no incluyen a la maternidad subrogada. Esto porque, la filiación por presunción únicamente opera en relación con el padre que está casado y todos los hijos nacidos dentro del matrimonio se presume que son hijos del cónyuge o cuando la madre del menor indica quién es el padre. Por su parte, la filiación por reconocimiento puede operar cuando un varón decide declarar como suyo al hijo de una mujer que esté de acuerdo con ello. De igual forma, una mujer podría aceptar como suyo, al hijo de su pareja, siempre que él esté de acuerdo.

Independientemente de lo anterior, la posible contradicción surge en virtud de que, la mayoría de los Códigos del país, contemplan la filiación de la mujer y su hijo por el alumbramiento. Por ello, en el Registro Civil se solicita el documento que acredite el parto y con ello se pruebe el vínculo legal para generar el acta de nacimiento, teniendo como madre que lo presentó y como padre al esposo o persona que comparece con aquella. En este sentido, se considera necesario legislar al respecto y evitar hacer interpretaciones de la ley que pudieran exceder su verdadero alcance.

Por otro lado, se considera importante poner atención en la afirmación de que, para determinar la filiación entre una madre y su hijo, no se hace necesario un vínculo biológico, sino que basta con la simple voluntad de procrear, por parte de la persona que así lo desee. Yendo más allá de lo escrito en esta tesis jurisprudencial, se podría presentar el caso de que, con la sola voluntad de una persona en lo individual sería suficiente para determinar la filiación. Tal cosa no existe en la mayoría de las leyes del país, incluida la federal, por lo que sería necesario que el Poder Legislativo entrara al estudio de tal situación y, como representante del querer del pueblo, determine si efectivamente debe existir este tipo de filiación dentro de las normas del sistema jurídico mexicano.

Finalmente, queda claro que la Primera Sala de la SCJN, considera necesario que exista un contrato de maternidad subrogada, ya que, al final de la tesis en comento,

hacen referencia a que la mujer gestante debe ser mayor de edad y con plena capacidad de ejercicio. Lo que significa que se debe encontrar en esta situación para que pueda celebrar un contrato en el que se estipulen todas las cláusulas necesarias para que el hijo nacido bajo la TRHA de maternidad subrogada pueda ser legalmente entregado a los padres de intención y que dicho contrato pudiera ser la base para determinar la filiación. La Corte estima necesaria la plena capacidad de ejercicio de la mujer gestante y, de acuerdo con la teoría sobre contratos, esta mujer debería ser ampliamente enterada de sus obligaciones y manifestar su libre voluntad de llevar a cabo tal servicio, firmando el acuerdo.

CONCLUSIONES

Todo lo que hasta ahora se ha expuesto en el desarrollo de la presente investigación nos permite llegar a las siguientes conclusiones:

1. Ser madre no es únicamente un vínculo jurídico o genético, también implica sentimientos, reconocimiento social y sacrificio. De hecho, el proceso de reproducción humana, con el que se inicia esta posibilidad de que una mujer se convierta en madre, consta de 5 fases que son necesarias para llevar a buen término el nacimiento de un nuevo ser. Cualquier error dentro de estas fases lo imposibilitaría.
2. Aproximadamente 1.5 millones de parejas en México han tenido complicaciones para procrear, debido a problemas de salud como esterilidad o infertilidad. Para resolver estos problemas, la tecnología médica ha aportado varias soluciones como las diversas técnicas de reproducción humana asistida. Entre ellas, la maternidad subrogada y la fertilización in vitro.
3. El proceso de maternidad subrogada se conoció a nivel mundial en 1986, derivado de una controversia que se presentó en los Estados Unidos de América, cuando fue demandada una madre sustituta que no quería entregar al recién nacido a los padres intencionales. El caso fue conocido como Baby M y generó una gran expectativa. Derivado del caso surgieron argumentos a favor y en contra de la utilización de esta técnica.
4. La maternidad subrogada puede ser concebida como una técnica de reproducción humana asistida en la que interviene una mujer fértil que, a través de un pacto legal, decide gestar en su vientre a un ser humano que no será su hijo y que al nacimiento renunciará a cualquier derecho sobre éste, en beneficio de aquella persona con quien realizó el acuerdo, a cambio de una prestación económica o no.
5. Existen dos tipos de maternidad subrogada: uno en el que la mujer gestante aporta sus propios óvulos y por lo tanto contará con un vínculo genético respecto del bebé recién nacido, y otro en el que no lo aporta y sólo prestará su vientre para gestar al bebé hasta su nacimiento, sin contar con algún vínculo genético respecto de este.

En ambos casos, pudiera existir una compensación económica por el servicio prestado o no, y realizarlo de forma altruista.

6. En este tipo de procedimientos intervienen: la empresa, que facilitará los conocimientos técnicos médicos necesarios para que se lleve a cabo la inseminación, gestación y nacimiento del bebé; los padres de intención, que son quienes desean procrear por cualquier medio, la mujer gestante que prestará su útero y quizá sus óvulos, para ayudar a que los padres de intención alcancen sus objetivos de procreación; el bebé que nace bajo esta técnica; y, el Estado, quien es el encargado de autorizar y vigilar que no se violen los derechos humanos de todas las personas involucradas.
7. Los derechos humanos son considerados como un conjunto de libertades que permiten el disfrute de la vida humana en condiciones de plena dignidad, considerados intrínsecos a todos. Estos se rigen por los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Para el ejercicio de la maternidad subrogada, el Estado debe promover, respetar, proteger y garantizar estos derechos: el derecho humano a la procreación, el derecho humano a la salud, el derecho humano a la dignidad, el derecho humano a la libre disposición del cuerpo y el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad. Debe difundirlos y promover su respeto, no restringirlos arbitrariamente, crear leyes e instituciones que tengan como objetivo inhibir su transgresión, y contar con procedimientos legales que garanticen su protección. No todos estos derechos son absolutos, la mayoría son relativos; es decir, que sí pueden ser restringidos, dependiendo de su grado de satisfacción y conflicto con algún otro, realizando una ponderación entre ellos.
8. El llamado derecho humano a la procreación, mediante el cual las personas determinan si quieren o no tener hijos, es una interpretación que se ha cimentado sobre el derecho humano a fundar una familia, estipulado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos [DUDH] y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH], bajo la perspectiva de que tener hijos es la finalidad del matrimonio y así formar aquella.

9. El derecho humano a la salud se ha interpretado como aquel que permite a las personas gozar de pleno bienestar físico y mental. Consecuentemente, si una pareja no puede procrear naturalmente debido a un problema de salud, el Estado debe crear leyes e instituciones que permitan el uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, siempre y cuando no sean transgredidos los derechos de otra persona.
10. El derecho humano a la dignidad, considerado como el más importante de todos, establece que los seres humanos somos sujetos de derecho y no podemos ser utilizados como instrumento, objeto o medio, para alcanzar un fin, ni siquiera por voluntad manifiesta a través de un contrato. En este sentido, la técnica de maternidad subrogada, que utiliza el cuerpo de una mujer como objeto para alcanzar el fin de los padres de intención a través de un contrato, estaría vulnerando la dignidad humana de la mujer gestante y por tanto debería prohibirse.
11. El derecho humano a la libre disposición del cuerpo nos permite hacer lo que deseemos con él. Sin embargo, no es un derecho absoluto, por lo que se le puede restringir cuando entre en conflicto con el derecho a la vida, la dignidad, la integridad o la salud del propio individuo. En este sentido, la autonomía que tiene la mujer gestante para decidir sobre su propio cuerpo implicaría que tiene el derecho a decidir si quiere embarazarse, por la razón que ella misma determine. Este derecho, entonces, se encuentra en conflicto con el derecho a la dignidad de la propia gestante, pues estaría aceptando ser utilizada como objeto para la satisfacción de los padres de intención. Esta situación podría ser compatible sólo si se realizara de manera altruista para algún familiar, pero si se llevara a cabo con el único interés de obtener una compensación económica, entonces debería prohibirse; ya que lo que se estaría haciendo sería cosificar el cuerpo de la mujer, transgrediendo flagrantemente el derecho a la dignidad humana de esta persona.
12. El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad implica la facultad de determinar la forma en que cada uno desee vivir su propia vida, eligiendo la profesión que mejor se acomode a sus propias necesidades, sus pasatiempos, la forma de vestir, su estado civil, etcétera. Es decir, que cada uno sea y actúe como quiera, de conformidad con sus propios gustos y valores. Este derecho goza de

dos dimensiones: una externa y otra interna. La primera relacionada con las acciones que pueden realizar las personas y, la segunda, con las ideas que les motivan a decidir libremente llevarlas a cabo. La única limitante a su ejercicio es la no transgresión a otro derecho humano, propio o ajeno. Bajo estas premisas, la mujer gestante estaría plenamente facultada para gestar un bebé en beneficio de cualquiera, ya que es libre de realizar la acción que desee, sin transgredir los derechos de otro. Sin embargo, se considera que, de alguna manera, la decisión que toma una mujer para quedar embarazada durante nueve meses en beneficio de alguien más pudiera estar influenciada internamente por una necesidad económica, creando la falsa idea de tomar una decisión en plena libertad cuando no es así. Por lo que se piensa necesario que el Estado proteja a estas personas en la dimensión interna de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, prohibiendo la práctica de la maternidad subrogada.

13. A nivel internacional la maternidad subrogada es una técnica que sí se permite en algunos países, aunque pueden presentarse ciertas restricciones. En unos sólo se autoriza de forma altruista, en otros solo está considerada para los nacionales y, en algunos otros, sí existe la posibilidad de uso para extranjeros. En la mayoría de ellos sólo se autoriza a parejas heterosexuales, atendiendo a problemas de salud. Los Estados que conceden el uso de este tipo de técnicas, han buscado proteger los derechos de sus habitantes y por ello marcan restricciones, como el caso de Canadá que sólo la tolera de forma altruista y no está accesible para los extranjeros. Además, casi todos requieren de una determinación judicial para que se declare la filiación del menor con los padres de intención.
14. Por otra parte, existen países que, aunque sí contemplan a la maternidad subrogada como una técnica de reproducción humana asistida, no la permiten dentro de su territorio por distintas razones como que, para ellos, solo la mujer que ha dado a luz puede ser considerada madre, no siendo factible que otra lo haga por ella; de igual forma, entregar a un menor recién nacido, aunque haya sido concebido bajo esta técnica, se considera éticamente incorrecto; otra razón es que, se explote el cuerpo de la mujer por razones económicas, ya que solo aquella a la que le falte dinero será orillada a embarazarse en beneficio de alguien más; o,

que algunos países manifiestan encontrarse ante una imposibilidad real de proteger jurídicamente los derechos de la mujer gestante.

15. A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al pronunciarse sobre la maternidad subrogada, mediante sentencia sobre el caso Artavia Murillo y otros Vs Costa Rica, determinó la importancia de llevar a cabo un amplio estudio y discusión de esta técnica como una forma de procreación humana, a efecto de que se armonice todo el sistema jurídico de los países que han firmado y ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dentro de los que se incluye a nuestro país.
16. La ley máxima de nuestro país es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, de acuerdo con ella, todos gozamos de los derechos humanos plasmados en la misma y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. No obstante, no encontramos referencia a las técnicas de reproducción humana asistida ni a la maternidad subrogada como tal.
17. Independientemente de que la maternidad subrogada no se encuentre regulada en la Constitución de nuestro país, ni en las leyes Federales que directamente emanan de ella, sí la podemos encontrar legislada en algunas entidades federativas de la República mexicana. En cuatro de los treinta y dos Estados se contempla este tipo de reproducción humana asistida: en el 50% se permite su uso y en el otro 50% se le prohíbe o desconoce. Esta regulación la han realizado a través de sus Códigos Civiles o Códigos Familiares. De aquellos en los que se autoriza la maternidad subrogada, en ambos se requiere que el contrato sea firmado ante notario público, pero sólo en uno se exige que sea aprobado por juez competente; en uno la filiación se realiza con una acta de alumbramiento y en el otro se requiere determinación judicial; en uno se deja que la gestante cobre por el servicio prestado y en el otro no, pero tampoco se prohíbe; en ambos se exige que la gestante sea mexicana, libre de vicios, tener entre 25 y 35 años y que no haya participado más de dos veces seguidas en este tipo de procedimientos, entre otras exigencias.
18. De las 132 Entidades Federativas que componen la República Mexicana, sólo 4 contemplan a la maternidad subrogada. Al parecer ha costado mucho trabajo a los legisladores discutir sobre el tema, pues a pesar de que desde 2012 existen varias

iniciativas a nivel federal para que se regule este tipo de procedimiento, aún no se ha aprobado ninguna.

19. Finalmente, queda claro que la práctica de la maternidad subrogada se está llevando a cabo dentro del territorio nacional, aunque no esté reglamentada mediante leyes federales ni en nuestra Carta Magna. Por ello, se considera necesaria la creación de normas al respecto, ya sea para prohibirla o para permitirla.

PROPUESTA

Exposición de motivos por el que se propone reformar la Ley General de Salud a efecto de que en ella se contemple a la gestación por sustitución

En nuestro país ya se practica la maternidad subrogada en los Estados de Tabasco y Sinaloa desde hace varios años. Se tiene conocimiento de que se han presentado más de 40 casos en Sinaloa y otros 59 en Tabasco. Sin embargo, no existe una norma que regule esta técnica a nivel Federal. Por lo anterior, se discurre pertinente crear un ordenamiento jurídico federal, que permita su regulación, al tiempo que pueda servir de guía para que todos los Estados de la República mexicana realicen lo propio. Tal propuesta debe buscar el respeto a los derechos humanos de todas las partes involucradas, de manera que habrá que tomar en cuenta la totalidad de los aspectos referidos en este trabajo, incluyendo la forma en que ya se ha legislado en el extranjero y al interior de nuestro país.

Inicialmente, podríamos pensar que la mejor forma de evitar que se violen los derechos de las mujeres gestantes sería la prohibición de este tipo de procedimientos, como ya lo han hecho San Luis Potosí o Querétaro, en México; o como Alemania, España o China a nivel internacional. Sin embargo, a efecto de evitar que pudiera surgir un mercado negro de mujeres gestantes, se considera pertinente buscar otra opción: que se sí se autorice, pero con ciertas restricciones. Es decir, que se consienta únicamente de forma altruista, por ejemplo. Esto, porque se debe proteger la salud reproductiva de las mujeres, prohibir la comercialización de la capacidad reproductiva de estas y que las personas nacidas bajo este tipo de procedimientos tengan el derecho a conocer la identidad de los donantes de gametos y de la mujer gestante.

Pienso que la única razón para que se pueda autorizar este tipo de procedimientos sería por un problema de salud, evitando que las personas sanas con posibilidad de procrear por sí mismas, quieran acceder a este procedimiento sólo por razones estéticas. De ahí en adelante, todo el que cumpla con los requisitos de respeto a la dignidad de la mujer gestante estaría facultado para el uso de esta técnica.

En ese mismo sentido, se considera que, para evitar confusiones en la redacción del concepto, el procedimiento debe ser llamado gestación por sustitución, en virtud de que no se van a contratar los servicios de la gestante, sino que se solicitará su ayuda para gestar a un bebé, siguiendo los principios de libertad, altruismo y sin ánimo de lucro.

Por otra parte, debe prohibirse que la mujer gestante aporte sus propios óvulos para que se lleve a cabo el procedimiento. Estos tendrán que ser aportados por los padres de intención o provenir de donantes. De esta manera se impide el parentesco genético entre la mujer gestante y el menor. Además, al no existir esta relación genética, se evita la venta o donación de hijos.

Al mismo tiempo, debe prohibirse cualquier tipo de remuneración a la gestante, a efecto de impedir que sea la retribución económica lo que les motive a prestar su vientre. La única forma de proteger su derecho a la dignidad humana es que la acción se realice de forma altruista, motivada por la sola satisfacción personal que se obtiene al ayudar a quien lo necesita.

El préstamo del vientre de la mujer gestante tendría que seguir las reglas de la donación, conservando la mujer, la facultad de cambiar de opinión, en todo momento, hasta antes de haber entregado al bebé. Sólo existiría la prohibición de abortar, una vez que haya autorizado que se le implantara el óvulo fecundado.

El procedimiento médico tendría que realizarse en los hospitales del gobierno, en virtud de ser este el encargado de proveer las instituciones pertinentes y necesarias para el ejercicio del derecho a la salud de los mexicanos. De esta forma las personas que soliciten este tipo de técnicas no verán en riesgo su dinero si la gestante decide quedarse con el bebé. Asimismo, esta no se sentiría comprometida con los padres intencionales por el gasto realizado. Así, el gobierno podría llevar un completo control sobre el cumplimiento de requisitos que deban exigirse a las gestantes y a los padres de intención, al mismo tiempo que genera un registro de las personas nacidas bajo esta técnica.

Los requisitos que se solicitarían para ser mujer gestante son: que sea ciudadana mexicana con plena capacidad de goce y ejercicio; que tenga entre 25 y 35 años, edad considerada idónea para estar embarazada, según la Ley General de Salud; que previamente hubiere tenido un hijo propio, sin complicaciones, a efecto de que ella sepa el verdadero significado de gestar a un bebé y darlo a luz, al tiempo que se corrobora que su organismo es perfectamente capaz de llevar a buen término el embarazo; ser familiar de alguno de los padres de intención por consanguinidad, civil o de afinidad hasta el cuarto grado; que acepte, simple y llanamente, que se le implante el óvulo fecundado de los padres de intención; que acepte que el bebé sea entregado a estos después del nacimiento.

Los requisitos para ser padres de intención deben ser los siguientes: ser ciudadanos mexicanos con plena capacidad de goce y ejercicio, a efecto de evitar que las parejas extranjeras utilicen nuestro país como un paraíso para tener bebés con la ayuda de mujeres mexicanas, además de que se puede presumir que el interés de la gestante ya no sería propiamente altruista; acreditar la imposibilidad de la mujer para gestar a sus propios hijos, esto porque este tipo de procedimientos solo se autoriza para dar solución a un problema de salud.

La filiación entre los padres de intención y el recién nacido bajo la técnica de maternidad subrogada se llevará a cabo mediante proceso judicial no contencioso, en el que el juez verificará que se cumplieron todos los requisitos de ley y que la mujer gestante manifiesta su conformidad con la adopción de los padres de intención.

El convenio de maternidad subrogada deberá realizarse ante notario público, cuidando que el préstamo del vientre de la gestante se rija por los principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y factibilidad, condiciones que se redactarán en el acta correspondiente. Así mismo, se verificará que no exista algún tipo de relación laboral entre los padres de intención y la gestante, a efecto de evitar que esta manifieste su voluntad bajo presión de algún modo.

**PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE ADICIONAN, LA FRACCIÓN V BIS. Y
V BIS 1. AL ARTÍCULO 3o; Y LA FRACCIÓN I BIS 1, AL ARTÍCULO 61, DE LA
LEY GENERAL DE SALUD**

Artículo 3o. En los términos de esta Ley, es materia de salubridad general:

I. a V. ...

V Bis. La gestación por sustitución;

VI. a XXVIII. ...

Artículo 27. Para los efectos del derecho a la protección de la salud, se consideran servicios básicos de salud los referentes a:

I. a IV. ...

V. La salud sexual y reproductiva, que comprende a la gestación por sustitución;

VI. a la XI. ...

Artículo 68. Los servicios de planificación familiar comprenden:

I. La promoción del desarrollo de programas de comunicación educativa en materia de servicios de planificación familiar, **gestación por sustitución** y educación sexual, con base en los contenidos y estrategias que establezca el Consejo nacional de Población;

II. a III. ...

IV. El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, **gestación por sustitución**, planificación familiar y biología de la reproducción humana;

V. a VI. ...

TÍTULO DÉCIMO CUARTO

Gestación por sustitución, Donación, Trasplantes y Pérdida de la Vida

CAPÍTULO I

Disposiciones comunes

Artículo 313. Compete a la Secretaría de Salud:

I. El control de la gestación por sustitución, así como el control y vigilancia sanitarios de la disposición y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos, en los términos establecidos por esta Ley y demás disposiciones jurídicas aplicables;

II. a V. ...

Artículo 314.- Para efectos de este título se entiende por:

I. IX. ...

IX Bis. Mujer gestante, a la que por escrito consiente que se le implante un óvulo fecundado en su útero, con material genético distinto al suyo, conforme a lo dispuesto por esta Ley y demás disposiciones jurídicas aplicables;

IX Bis 1. Padres de intención, a la pareja que padece de imposibilidad médica para gestar a sus propios hijos y que pretenden el apoyo de una mujer sana, para que sustente en su seno al embrión y posterior feto de estos;

X. a XX. ...

XXI. Coordinación Institucional, la representación nombrada por cada institución de salud en el país ante la Secretaría de Salud con el fin de atender en el ámbito de su competencia, las políticas en salud en materia de **gestación por sustitución, donación y trasplantes de órganos, tejidos y células;**

XXII. a XXVIII. ...

CAPÍTULO II BIS

Gestación por sustitución

Artículo 329 Ter. La gestación por sustitución consiste en una práctica médica que tiene como objetivo la implantación de un óvulo fecundado, con material genético de los padres de intención, en el vientre de la mujer gestante, para que lo sustente en su seno hasta su nacimiento.

Artículo 329 Ter 1. La Secretaría de Salud promoverá que, en los establecimientos de atención a la gestación por sustitución, se solicite sistemáticamente a toda mujer gestante, su consentimiento informado por escrito, para que se le implante el óvulo fecundado de los padres de intención, garantizándole en todo momento su plena voluntad y libertad.

Se deberá cuidar que el consentimiento de la gestante se rija por los principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y factibilidad, condiciones que se deberán manifestar en el acta elaborada para tal fin por el médico tratante.

Está prohibido:

- I.** Comerciar con las capacidades reproductivas de los seres humanos,
- II.** Que la mujer gestante aporte sus propios óvulos en el procedimiento de gestación por sustitución,
- III.** Que se implante el óvulo fecundado a la mujer gestante sin su previo consentimiento por escrito,
- IV.** Cualquier tipo de retribución económica a la gestante, y
- V.** Que la gestante aborte, una vez que se le haya implantado el embrión de los padres de intención, previa mediación de su propia autorización.

Artículo 329 Ter 2. Son los hospitales designados por la Secretaría de Salud los autorizados para llevar a cabo el proceso de gestación por sustitución de forma gratuita y en condiciones de calidad.

Estas instituciones de salud atenderán y aprobarán las solicitudes para la práctica del proceso de gestación por sustitución, cuando los padres de intención y la mujer gestante hayan cubierto todos los requisitos solicitados por la ley

También estarán obligadas a informar a la Secretaría de Salud de todas las personas nacidas bajo la práctica de gestación por sustitución, cada seis meses, a efecto de que pueda llevar un registro de estos hechos.

Artículo 329 Ter 3. Requisitos para ser mujer gestante.

- I. Ser ciudadana mexicana,
- II. Contar con plena capacidad de goce y de ejercicio,
- III. Tener entre 25 y 35 años cumplidos al momento de otorgar por escrito su consentimiento para llevar a cabo esta práctica.
- IV. Haber dado a luz a un hijo sano propio, previo a la realización de esta práctica.
- V. Ser familiar de alguno de los padres de intención por consanguinidad, civil o de afinidad hasta el cuarto grado.
- VI. No haber estado embarazada durante los 365 días previos a la realización de esta práctica.
- VII. Otorgar, ante notario, su consentimiento libre e informado para que le sea implantado en su vientre el embrión de los padres de intención.
- VIII. Manifestar por escrito que está consciente de que el bebé que estará gestando será hijo de los padres de intención, por lo que está de acuerdo en que, al momento del nacimiento les sea entregado a estos.

Artículo 329 Ter 4. Requisitos para ser padres de intención.

- I. Ser ciudadanos mexicanos, con plena capacidad de goce y ejercicio,

II. Acreditar, mediante certificado médico, que la mujer posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.

III. A hacerse responsables del cuidado y protección del nacido bajo este procedimiento, aunque padeciera de alguna enfermedad.

Artículo 329 Ter 5. El certificado de nacimiento será expedido por el médico tratante que asistió a la mujer gestante en el nacimiento del o los recién nacidos, en el que se asentará que fue asistida a través de la práctica médica de la gestación por sustitución.

El asentamiento del recién nacido deberá realizarse mediante la figura de la adopción plena, aprobada por juez competente.

Transitorios:

ÚNICO. El presente decreto entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Cuadro comparativo

Ley General de Salud

Texto vigente	Texto reformado
Artículo 3o.- En los términos de esta Ley, es materia de salubridad general:	Artículo 3o.- En los términos de esta Ley, es materia de salubridad general:
I. a V. ...	I. a V. ...
V Bis. No existe correlativo	V Bis. La gestación por sustitución
VI a XXVIII. ...	VI a XXVIII. ...
Artículo 27.- Para los efectos del derecho a la protección de la salud, se consideran servicios básicos de salud los referentes a:	Artículo 27.- Para los efectos del derecho a la protección de la salud, se consideran servicios básicos de salud los referentes a:
I. a IV. ...	I. a IV. ...
V. La salud sexual y reproductiva;	V. La salud sexual y reproductiva, que comprende a la gestación por sustitución;
VI. a XI. ...	VI. a XI. ...
Artículo 68.- Los servicios de planificación familiar comprenden:	Artículo 68.- Los servicios de planificación familiar comprenden:
I. La promoción del desarrollo de programas de comunicación educativa en materia de servicios de planificación familiar y educación sexual, con base en los contenidos y	I. La promoción del desarrollo de programas de comunicación educativa en materia de servicios de planificación familiar, gestación por sustitución y

estrategias que establezca el Consejo nacional de Población;	educación sexual, con base en los contenidos y estrategias que establezca el Consejo nacional de Población;
II. a III. ...	II. a III. ...
IV. El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana;	IV. El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, gestación por sustitución, planificación familiar y biología de la reproducción humana;
V. a VI. ...	V. a VI. ...
TÍTULO DÉCIMO CUARTO Donación, Trasplantes y Pérdida de la Vida	TÍTULO DÉCIMO CUARTO Gestación por sustitución, Donación, Trasplantes y Pérdida de la Vida
CAPÍTULO I Disposiciones comunes	CAPÍTULO I Disposiciones comunes
Artículo 313. Compete a la Secretaría de Salud:	Artículo 313. Compete a la Secretaría de Salud:
I. El control y la vigilancia sanitarios de la disposición y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos, en los términos establecidos por esta Ley y demás disposiciones jurídicas aplicables;	I. El control de la gestación por sustitución, así como el control y vigilancia sanitarios de la disposición y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos, en los términos establecidos por esta Ley y demás disposiciones jurídicas aplicables;
II. a V. ...	II. a V. ...

Artículo 314.- Para efectos de este título se entiende por:	Artículo 314.- Para efectos de este título se entiende por:
I. IX. ...	I. IX. ...
IX Bis. No existe correlativo	IX Bis. Mujer gestante, a la que por escrito consiente que se le implante un óvulo fecundado en su útero, con material genético distinto al suyo, conforme a lo dispuesto por esta Ley y demás disposiciones jurídicas aplicables;
IX Bis 1. No existe correlativo	Padres de intención, a la pareja que padece de imposibilidad médica para gestar a sus propios hijos y que pretenden el apoyo de una mujer sana, para que sustente en su seno al embrión y posterior feto de estos;
X. a XX. ...	X. a XX. ...
XXI. Coordinación Institucional, la representación nombrada por cada institución de salud en el país ante la Secretaría de Salud con el fin de atender en el ámbito de su competencia, las políticas en salud en materia de donación y trasplantes de órganos, tejidos y células;	XXI. Coordinación Institucional, la representación nombrada por cada institución de salud en el país ante la Secretaría de Salud con el fin de atender en el ámbito de su competencia, las políticas en salud en materia de gestación por sustitución, donación y trasplantes de órganos, tejidos y células;
XXII. a XXVIII. ...	XXII. a XXVIII. ...

CAPÍTULO II BIS. No existe correlativo	CAPÍTULO II BIS Gestación por sustitución
Artículo 329 Ter. No existe correlativo.	Artículo 329 Ter. La gestación por sustitución consiste en una práctica médica que tiene como objetivo la implantación de un óvulo fecundado, con material genético de los padres de intención, en el vientre de la mujer gestante, para que lo sustente en su seno hasta su nacimiento.
Artículo 329 Ter 1. No existe correlativo.	Artículo 329 Ter 1. La Secretaría de Salud promoverá que, en los establecimientos de atención a la gestación por sustitución, se solicite sistemáticamente a toda mujer gestante, su consentimiento informado por escrito, para que se le implante el óvulo fecundado de los padres de intención, garantizándole en todo momento su plena voluntad y libertad. Se deberá cuidar que el consentimiento de la gestante se rija por los principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y factibilidad, condiciones que se deberán manifestar en el acta elaborada para tal fin por el médico tratante.

	Está prohibido: I. Comerciar con las capacidades reproductivas de los seres humanos, II. Que la mujer gestante aporte sus propios óvulos en el procedimiento de gestación por sustitución, III. Que se implante el óvulo fecundado a la mujer gestante sin su previo consentimiento por escrito, IV. Cualquier tipo de retribución económica a la gestante, y V. Que la gestante aborte, una vez que se le haya implantado el embrión de los padres de intención, previa mediación de su propia autorización.
Artículo 329 Ter 2. No existe correlativo.	Artículo 329 Ter 2. Son los hospitales designados por la Secretaría de Salud los autorizados para llevar a cabo el proceso de gestación por sustitución de forma gratuita y en condiciones de calidad.

	Estas instituciones de salud atenderán y aprobarán las solicitudes para la práctica del proceso de gestación por sustitución, cuando los padres de intención y la mujer gestante hayan cubierto todos los requisitos solicitados por la ley También estarán obligadas a informar a la Secretaría de Salud de todas las personas nacidas bajo la práctica de gestación por sustitución, cada seis meses, a efecto de que pueda llevar un registro de estos hechos.
Artículo 329 Ter 3. No existe correlativo.	Artículo 329 Ter 3. Requisitos para ser mujer gestante. I. Ser ciudadana mexicana, II. Contar con plena capacidad de goce y de ejercicio, III. Tener entre 25 y 35 años cumplidos al momento de otorgar por escrito su consentimiento para llevar a cabo esta práctica. IV. Haber dado a luz a un hijo sano propio, previo a la realización de esta práctica. V. Ser familiar de alguno de los padres de intención por

	consanguinidad, civil o de afinidad hasta el cuarto grado. VI. No haber estado embarazada durante los 365 días previos a la realización de esta práctica. VII. Otorgar, ante notario, su consentimiento libre e informado para que le sea implantado en su vientre el embrión de los padres de intención. VIII. Manifestar por escrito que está consciente de que el bebé que estará gestando será hijo de los padres de intención, por lo que está de acuerdo en que, al momento del nacimiento, les sea entregado a estos.
Artículo 329 Ter 4. No existe correlativo.	Artículo 329 Ter 4. Requisitos para ser padres de intención. I. Ser ciudadanos mexicanos, con plena capacidad de goce y ejercicio, II. Acreditar, mediante certificado médico, que la mujer posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.

	III. A hacerse responsables del cuidado y protección del nacido bajo este procedimiento, aunque padeciera de alguna enfermedad.
Artículo 329 Ter 5. No existe correlativo.	Artículo 329 Ter 5. El certificado de nacimiento será expedido por el médico tratante que asistió a la mujer gestante en el nacimiento del o los recién nacidos, en el que se asentará que fue asistida a través de la práctica médica de la gestación por sustitución. El asentamiento del recién nacido deberá realizarse mediante la figura de la adopción plena, aprobada por juez competente.

FUENTES DE CONSULTA

- Abellán, F. (2023) Derecho a la procreación. En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética* [en línea] disponible en <<https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/98>> [consulta: 23 febrero 2023].
- Aguilar, M. (1998) Tres Generaciones de Derechos Humanos. En: *Revista Derechos humanos, Órgano informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, No. 30, pp. 93-102* [en línea] disponible en <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-emx/article/view/5117/4490>> [consulta: 24 febrero 2023]
- Álvarez, N. (2019a) Gestación subrogada en Portugal: Ley y condiciones para extranjeros. En: *Babygest* [en línea] disponible en <<https://babygest.com/es/gestacion-subrogada-portugal/>> [consulta: 9 junio 2021].
- Álvarez, N. (2019b) Gestación subrogada en Francia: ¿Qué restricciones impone la Ley? En: *Babygest* [en línea] disponible en <<https://babygest.com/es/francia/>> [consulta: 9 junio 2021].
- Amnistía Internacional. (2023) Los derechos humanos. En: *Amnistía Internacional España* [en línea] disponible en: <<https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/derechos-humanos/>> [consulta: 23 febrero 2023].
- Amparo en revisión 547/2018. (2018) Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. [en línea] disponible en <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-10/AR-547-2018-181002.pdf> [consulta: 26 febrero 2023].
- Amparo en Revisión 553/2018. (2018) Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. DERECHO A ACUDIR A TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA PARA CONVERTIRSE EN PADRES Y QUE LA FILIACIÓN DEL PRODUCTO SE ESTABLEZCA EN RELACIÓN CON AMBOS CÓNYUGES, disponible en:

<https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resenias_argumentativas/documento/2019-07/res-JRCD-0553-18.pdf> [consulta: 23 enero 2024].

Anaya, S. (2021) Maternidad subrogada en México ¿qué aprobó la Suprema Corte?" En: *ZonaDocs, periodismo de resistencia* [en línea] disponible en <<https://www.zonadocs.mx/2021/06/13/maternidad-subrogada-en-mexico-que-aprobo-la-suprema-corte/>> [consulta: 30 mayo 2022].

Arteta, C. (2011) Maternidad subrogada. En: *Revista Ciencias Biomédicas*, 91-97 [en línea] disponible en <<https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/cbiomedicas/article/view/3397/2873>> [consulta: 27 febrero 2023].

Badilla, A. (n.d.) El derecho a constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En: *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, pp. 107-123 [en línea] disponible en <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/a22086.pdf>> [consulta: 24 febrero 2023].

Barriguet, A., y Amezcua, M. (2024, enero 8) El Mercado Negro en la Gestación Subrogada, un Negocio que Crece. En: *N más* [noticiero web] disponible en <<https://www.nmas.com.mx/nacional/el-mercado-negro-en-la-gestacion-subrogada-un-negocio-que-crece/>> [consulta: 21 marzo 2024].

Bayonas, A.; Rodrigo, A.; Trollice, M. y M. Barranquero. (2021) ¿Qué es la gestación subrogada y qué tipos existen? En: *Babygest* [en línea] disponible en <<https://babygest.com/es/gestacion-subrogada/>> [consulta: 25 mayo 2022].

Bladilo, A.; De la Torre, N. y M. Herrera. (2017) Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis. En: *Revista IUS*, vol. 11, No. 39, *Puebla* [en Línea] disponible en <<https://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n39/1870-2147-rius-11-39-00002.pdf>> [consulta: 22 junio 2022].

Bollinguer, V. (2021) Gestación por sustitución en México: ¿cuáles son los problemas a la luz de los estándares internacionales en materia de derechos humanos? En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol.54 no.161 [en línea]

disponible en <<https://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v54n161/2448-4873-bmdc-54-161-479.pdf>> [consulta: 31 marzo 2023].

Brugo, S.; Chillik, C. y S. Kopelman. (2003) Definición y causas de la infertilidad. En: *Revista colombiana de obstetricia y ginecología* [en línea] disponible en <<http://www.scielo.org.co/pdf/rcog/v54n4/v54n4a03.pdf>> [consulta: 22 junio 2022].

Cabrera, P. y A. Fernández. (2006) Criopreservación de embriones: una herramienta básica en la Reproducción Asistida. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Veterinarias, UCV, vol. 47, núm. 2, julio-diciembre* [en línea] disponible en <<https://www.redalyc.org/pdf/3731/373139066001.pdf>> [consulta: 27 febrero 2023].

Campos, J. (2007) El concepto de dignidad de la persona humana a la luz de la teoría de los derechos humanos. En: *Revista Pro Humanitas, año I, No. 1, II semestre, pp. 27-38. Costa Rica* [en línea] disponible en <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/concep.pdf>> [consulta: 25 febrero 2023].

Carbonell, M. (2009) *Los derechos fundamentales en México*. 3.^a ed., México, UNAM-Porrúa-CNDH.

Casa, O. (1998) El derecho a la disposición del cuerpo humano y los trasplantes de órganos. En: *Gac Méd Méx Vol. 134, No. 2, pp. 261-268* [en línea] disponible en <http://www.anmm.org.mx/bgmm/1864_2007/1998-134-2-261-268.pdf> [consulta: 25 febrero 2023].

Código Civil del Estado de Querétaro [CCEQ]. (2009) *Periódico oficial del Gobierno del Estado de Querétaro, 33^a reforma publicada el 27 de mayo de 2022* [en línea] disponible en <https://site.legislaturaqueretaro.gob.mx/CloudPLQ/InvEst/Codigos/COD001_60.pdf> [consulta: 24 febrero 2023].

Código Civil del Estado de Tabasco [CCET]. (1997) México. *Periódico Oficial, Reforma publicada mediante Decreto 158 del 26 de octubre de 2022* [en línea] disponible

en <<https://congresotabasco.gob.mx/wp/wp-content/uploads/2023/05/Codigo-Civil-para-el-Estado-de-Tabasco-1.pdf>> [consulta: 08 enero 2024].

Código Civil Federal [CCF]. (1928) México. *Diario Oficial de la Federación*, reforma publicada el 17 de enero de 2024 [en línea] disponible en <<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CCF.pdf>> [consulta: 08 enero 2024].

Código Civil para el Distrito Federal [CCDF]. (1926) México. *Diario Oficial de la Federación*, reforma publicada el 10 de junio de 2022 [en línea] disponible en <https://data.consejeria.cdmx.gob.mx/images/leyes/codigos/CODIGO_CIVIL_PARA_EL_DF_4.3.pdf> [consulta: 31 marzo 2023].

Código Familiar del Estado de Sinaloa [CFES]. (2013). México. *Periódico Oficial, reforma publicada el 20 de enero de 2023* [en línea] disponible en <https://gaceta.congresosinaloa.gob.mx:3001/pdfs/leyes/Ley_4.pdf> [consulta: 31 marzo 2023].

Código Familiar del Estado de San Luis Potosí [CFESLP]. (2008). México. *Periódico Oficial, reforma publicada el 8 de septiembre de 2023* [en línea] disponible en <https://congresosanluis.gob.mx/sites/default/files/unpload/legislacion/codigos/2023/09/Codigo_Familiar_para_el_Estado_de_San_Luis_Potosi_08_Septiembre_2023.pdf> [consulta: 31 diciembre 2023].

Código Penal Federal [CPF]. (1931) México. *Diario Oficial de la Federación*, reforma publicada el 6 de enero de 2023 [en línea] disponible en <<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPF.pdf>> [consulta: 31 marzo 2023].

Collín, V., y Pérez, F. (2021) El derecho al libre desarrollo de la personalidad en la doctrina jurisprudencial de la Corte mexicana. En: *Revista Cuestiones Constitucionales*, no.45, pp. 451-467 Ciudad de México [en línea] disponible en <<https://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n45/1405-9193-cconst-45-451.pdf>> [consulta: 26 febrero 2023].

Comisión de Derechos Humanos del Estado de México [CODHEM]. (s.f.) Teoría general de los derechos humanos. En: *Comisión de Derechos Humanos del Estado de México* [en línea] disponible en <https://sgg.edomex.gob.mx/sites/sgg.edomex.gob.mx/files/files/Comite_de_Etica/3%20TEORIA%20GENERAL%20EN%20MATERIA%20DE%20DERECHOS%20HUMANOS.pdf> [consulta: 24 febrero 2023].

Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (1978a) *Países signatarios. B-32: Convención Americana Sobre Derechos Humanos "Pacto De San José De Costa Rica"* [en línea] disponible en <<http://www.cidh.oas.org/basicos/Spanish/basicos2a.htm#:~:text=A%20trav%C3%A9s%20del%20instrumento%20fechado,prometiendo%20que%20ser%C3%A1%20inviolablemente%20observada>> [consulta: 23 febrero 2023].

Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (1978b) Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) [en línea] disponible en <https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf> [consulta: 23 febrero 2023].

Comisión Nacional Contra las Adicciones [CNCA] (2022) ¿Qué es la salud mental? [página web]. Disponible en: <https://www.gob.mx/salud/conadic/acciones-y-programas/que-es-la-salud-mental> [consulta: 04 agosto 2023].

Comisión Nacional de Derechos Humanos [CNDH]. (2023a) ¿Qué son los derechos humanos? En: *Comisión Nacional de Derechos Humanos México* [en línea] disponible en <<https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos>> [consulta: 23 febrero 2023].

Comisión Nacional de Derechos Humanos [CNDH]. (2023b) ¿Cuáles son los Derechos Humanos? En: *Comisión Nacional de Derechos Humanos México* [en línea] disponible en <<https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/cuales-son-los-derechos-humanos>> [consulta: 23 febrero 2023].

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM]. (1917) Congreso de la Unión. En: *Diario Oficial de la Federación, última reforma publicada el 18 de noviembre de 2022* [en línea], disponible en <<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>> [consulta: 23 febrero 2023].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (2016) Caso Gómez Murillo y Otros Vs. Costa Rica. *Sentencia de 29 de noviembre* [en línea] disponible en <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_326_esp.pdf> [consulta: 31 marzo 2023].
- Cruz, N. (2021) Evolucionan el concepto de familia. En: *Boletín UNAM-DGCS-414. Dirección General de Comunicación Social. UNAM* [en línea] disponible en <https://www.dgcs.unam.mx/boletin/bdboletin/2021_414.html> [consulta: 24 febrero 2023].
- Cubillos, J. (2013). Técnicas de reproducción asistida, status jurídico del embrión humano. En: *Universidad Nacional de Cuyo* [en línea] disponible en <https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/5218/cubillosjuanmanuel.pdf> [consulta: 22 junio 2022].
- Dobering, M. (n.d.) Maternidad subrogada: su regulación. En: *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM* [en línea] disponible en <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4733/14.pdf>> [consulta: 23 septiembre 2020].
- Domínguez, J. (2023, 27 de agosto) Maternidad subrogada, jugoso negocio para traficar bebés en Tabasco. En: *Periódico El Heraldo de Tabasco* [en línea] disponible en: <<https://www.elheraldodetabasco.com.mx/local/maternidad-subrogada-jugoso-negocio-para-trafficar-bebes-en-tabasco-10598796.html>> [consulta: 08 enero 2024].
- Etchegaray, A. (2021) Escándalo por madre de alquiler en China: una actriz y dos bebés abandonados. En: *The China Project* [en línea] disponible en

<<https://thechinaproject.com/espanol/escandalo-por-madre-de-alquiler-en-china-una-actriz-y-dos-bebes-abandonados/>> [consulta: 28 febrero 2023].

Fernández, A. (2021) La SCJN resuelve sobre la maternidad subrogada. En: *Revista La Razón de México, el 11 de junio de 2021* [en línea] disponible en <<https://www.razon.com.mx/opinion/columnas/antonio-fernandez-fernandez/scjn-resuelve-maternidad-subrogada-438432>> [consulta: 03 noviembre 2023].

Garrido, L. (2021) Tailandia, fábrica de bebés subrogados para China contra su voluntad. En: *El Confidencial* [en línea] disponible en <https://www.elconfidencial.com/mundo/2021-11-10/el-sureste-asiatico-fabrica-de-bebes-subrogados-para-china_3309404/> [consulta: 28 febrero 2023].

Garzón, R. (2007) Reproducción asistida. En: *Revista Mexicana de Derecho, núm. 9. Colegio de Notarios del Distrito Federal* [en línea] disponible en <<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/mexder/cont/9/cnt/cnt6.pdf>> [consulta: 23 febrero 2023].

Gestlife. (2023). *Gestación subrogada en Rusia* [en línea] disponible en <<https://www.gestlifesurrogacy.com/rusia-gestación-subrogada-maternidad-subrogada-en-rusia.php>> [consulta: 31 marzo 2023].

Gómez, M. (2019) La gestación subrogada: un análisis desde una perspectiva comparativa y del sistema español de Derecho internacional privado. En: *Instituto Complutense de Estudios Internacionales, Universidad Complutense de Madrid* [en línea] disponible en <<https://www.ucm.es/icei/file/wp0120?ver>> [consulta: 6 abril 2021].

González, G. (2017) Hacia nuevos paradigmas de interpretación para la libertad de procreación. En: *Revista Opinión Jurídica Universidad de Medellín. Vol. 16, N° 31, pp. 135-154* [en línea] disponible en <<http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v16n31/1692-2530-ojum-16-31-00135.pdf>> [consulta: 23 febrero 2023].

- González, M. (2018) El significado de Constitución. Breve revisión del concepto y de su relevancia a la luz del principialismo y el garantismo. En: *Polis* 14 (1) 43–80 [en línea] disponible en <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-23332018000100043> [consulta: 04 diciembre 2020].
- Guerra, M. (2017) Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal. En: *Gaceta Sanitaria* 31(6), 535-538 [en línea] disponible en: <<http://scielo.isciii.es/pdf/ga/v31n6/0213-9111-gs-31-06-00535.pdf>> [consulta: 5 abril 2021].
- Guzmán, A. (1998) El derecho de procreación y su repercusión en la filiación. En: *Repositorio Institucional, Universidad Veracruzana* [en línea] disponible en <<https://cdigital.uv.mx/handle/123456789/1281?locale-attribute=de>> [consulta: 23 febrero 2023].
- Hernández, A. (2018) Derecho al libre desarrollo de la personalidad. En: *Periódico la jornada, Política, Viernes 19 de enero de 2018* [en línea] disponible en <<https://www.jornada.com.mx/2018/01/19/politica/017a2pol>> [consulta: 26 febrero 2023].
- Herrero, J. (2012) Inseminación artificial. En: *Topdoctor España* [en línea]. disponible en <<https://www.topdoctors.es/diccionario-medico/inseminacion-artificial>> [consulta: 23 febrero 2023].
- Instituto Bernabeu. (2023) La subrogación uterina o vientre de alquiler: ¿por qué está prohibido en España? En: *Instituto Bernabeu* [en línea] disponible en <<https://www.institutobernabeu.com/es/foro/la-subrogacion-uterina-o-vientre-de-alquiler-por-que-esta-prohibido-en-espana/>> [consulta: 01 marzo 2023].
- Instituto de Derecho Iberoamericano [IDIBE]. (2019) Nueva Sentencia del Tribunal Constitucional portugués en materia de maternidad subrogada. En: *Instituto de Derecho Iberoamericano, 15 de noviembre de 2019* [en línea] disponible en <<https://idibe.org/noticias-legales/nueva-sentencia-del-tribunal-constitucional-portugues-materia-maternidad-subrogada/>> [consulta: 9 junio 2021].

- Instituto de Estudios Legislativos. (2015) Libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de los derechos humanos. En: *Cámara de Diputados Locales Estado de México* [en línea] disponible en <<http://www.inesle.gob.mx/Investigaciones/2014/3-14%20Libre%20Desarrollo%20de%20la%20Personalidad%20en%20el%20Ambito%20de%20los%20Derechos%20Humanos.pdf>> [consulta: 26 febrero 2023].
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía [INEGI]. (2021) *Comunicado de prensa núm. 535/21, 23 de septiembre de 2021* [en línea] disponible en <<https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/EstSociodem/NamtosRegistrados2020.pdf>> [consulta: 21 junio 2022].
- Instituto Nacional del Cáncer. (s.f.) Criopreservación de embriones. En: *Diccionarios del NCI, del Instituto Nacional del Cáncer de los Institutos Nacionales de la Salud en EE. UU* [en línea] disponible en <<https://www.cancer.gov/espanol/publicaciones/diccionarios/diccionario-cancer/def/criopreservacion-de-embriones>> [consulta: 23 junio 2022].
- Knight, B. (2020) ¿Debería levantarse la prohibición de donación de óvulos en Alemania? En: *Deutsche Welle* [en línea] disponible en <<https://www.dw.com/es/deber%C3%ADa-levantarse-la-prohibici%C3%B3n-de-donaci%C3%B3n-de-%C3%B3vulos-en-alemania/a-52234415#:~:text=Alemania%20es%20uno%20de%20los%20cuatro%20%C3%BAnicos%20pa%C3%ADses%20de%20Europa,a%20los%20avances%20en%20medicina.>>> [consulta: 28 febrero 2023].
- Lamm, E. (2013) *Gestación por sustitución, Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona, Universidad de Barcelona.
- Lamm, E. (2017) La dignidad humana. En: *Diccionario Enciclopédico de la Legislación Sanitaria Argentina [DELS]* [en línea] disponible en <<https://salud.gob.ar/dels/entradas/la-dignidad-humana>> [consulta: 25 febrero 2023].

- Ley de Reproducción Humana Asistida. (2004) Gobierno de Canadá, [en línea] disponible en <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-13.4/>> [consulta: 8 junio 2021].
- Ley General de Salud [LGS]. (1984) Congreso de la Unión. En: *Diario Oficial de la Federación, última reforma 29 de mayo de 2023* [en línea], disponible en <<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGS.pdf>> [consulta: 02 noviembre 2023].
- Ley para la Familia del Estado de Coahuila de Zaragoza [LFECZ]. (2015) *Periódico Oficial*, Última reforma publicada el 27 de noviembre de 2020, [en línea] disponible en <https://www.congresocoahuila.gob.mx/transparencia/03/Leyes_Coahuila/coa233.pdf> [consulta: 25 febrero 2023].
- Llanes, A., Cervantes, M., Peña, A., y Cruz, J. (2020) Maternidad en legislación mexicana: Una visión desde los derechos laborales de la mujer. En: *Revista de Ciencias Sociales (Ve)*, vol. XXVI, núm. 1, pp. 51-60 [en línea] disponible en <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28063104007>> [consulta: 21 marzo 2024]
- López, R. (2018) La dignidad humana en México: su contenido esencial a partir de la jurisprudencia alemana y española. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol.51 no.151, enero-abril de 2018, pp. 135-173 [en línea] disponible en <https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332018000100135> [consulta: 25 febrero 2023].
- Martín, A. (2023) La guerra no ha detenido el uso de vientres de alquiler en Ucrania. En: *Cadena SER* [página web]. Disponible en <<https://cadenaser.com/nacional/2024/03/15/biden-respalda-a-un-senador-democrata-que-pidio-elecciones-en-israel-y-critico-la-actuacion-de-netanyahu-cadena-ser/>> [consulta: 19 de marzo de 2024].

- Martínez de Aguirre, C. (2013) La filiación, entre biología y derecho. En: *Revista Prudentia Iuris*, No. 76, pp. 117-133 [en línea] disponible en <<https://corteidh.or.cr/tablas/r32808.pdf>> [consulta: 31 marzo 2023].
- Mateo, L. (2020) *La gestación subrogada. Situación actual en España y en el Derecho Comparado*. Trabajo final de grado. España: Universitat Autònoma de Barcelona, [en línea] disponible en <https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2020/225032/TFG_lmateoricardo.pdf> [consulta: 5 abril 2021].
- Medrano, I. (2021, 3 de abril) Vientres subrogados, una opción legal poco recurrida. En: *El Sol de Sinaloa* [página web]. Disponible en <<https://www.elsoldesinaloa.com.mx/local/vientres-subrogados-una-opcion-legal-poco-recurrida-6552169.html>> [consulta: 10 enero 2024]
- Muga, R.; Torres, C. y E. Valdivieso. (s.f.) Familia y derechos humanos. En: *Instituto de Ciencias para el Matrimonio y la Familia. Perú* [en línea] disponible en <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/HRValues/UniversidadCatolicaPeru.pdf>> [consulta: 24 febrero 2023].
- Naciones Unidas. (2018) Artículo 1: Libres e iguales en dignidad... En: *Noticias ONU. Mirada global historias humanas* [en línea] disponible en <<https://news.un.org/es/story/2018/11/1445521>> [consulta: 25 febrero 2023].
- Naciones Unidas. (2023) *La Declaración Universal de Derechos Humanos* [en línea] disponible en <<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>> [consulta: 23 febrero 2023].
- NOM005-SSA2-1993. (1994). Norma Oficial Mexicana, De los servicios de planificación familiar. En: *Instituto Mexicano del Seguro Social*. Disponible en <<https://www.imss.gob.mx/sites/all/statics/pdf/marconormativo/NormasOficiales/4346.pdf>> [consulta: 22 junio 2022].
- Organización Mundial de la Salud [OMS]. (2023) *Constitución* [en línea] disponible en <<https://www.who.int/es/about/governance/constitution>> [consulta: 24 febrero 2023].

- Pérez, E. (1995) *Infertilidad, esterilidad y endocrinología de la reproducción, un enfoque integral*. México, Editorial Salvat.
- Pérez, H. y Rodríguez, D. (2015) *Técnicas de reproducción humana asistida, su repercusión en las Instituciones del Derecho de Familia*. México, Porrúa.
- Pérez, M. (2010) Derecho de familia y sucesiones. Colección Cultura Jurídica. En: *Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM* [en línea] disponible en <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3270-derecho-de-familia-y-sucesiones-coleccion-cultura-juridica>> [consulta: 02 junio 2022].
- Real Academia Española [RAE]. (2023a). Maternidad. En: *Diccionario de la lengua española* [en línea] disponible en <<https://dle.rae.es/maternidad?m=form>> [consulta: 30 marzo 2023].
- Real Academia Española [RAE]. (2023b) Constitución. En: *Diccionario de la lengua española* [en línea] disponible en <<https://dle.rae.es/constituci%C3%B3n>> [consulta: 30 marzo 2023].
- Red Interagencial para la Educación en Situaciones de Emergencia [INEE]. (2023) Bienestar social. En: *Red Interagencial para la Educación en Situaciones de Emergencia* [página web]. Disponible en: <https://inee.org/es/eie-glossary/bienestar-social> [consulta: 04 agosto 2023].
- Reina, E. y J. Porras, (2017) México y Canadá, dos modelos antagónicos de gestación subrogada. En: *El País*. 22 de febrero de 2017 [en línea] disponible en <https://elpais.com/internacional/2017/02/22/actualidad/1487766069_653081.html> [consulta: 09 junio 2021].
- Rodrigo, A. y Z. Salvador, (2019a) Gestación subrogada en Rusia: Legislación, precio y filiación. En: *Babygest* [en línea] disponible en <<https://babygest.com/es/rusia/>> [consulta: 09 junio 2021].
- Rodrigo, A. y Z. Salvador. (2019b) Gestación subrogada en China: situación actual. En: *Babygest* [en línea] disponible en <<https://babygest.com/es/china/>> [consulta: 09 junio 2021].

- Salgado, S. y Z. Salvador. (2019) *Gestación subrogada en Grecia: Legislación, registro del bebé y precio*. En: *Babygest* [en línea] disponible en <<https://babygest.com/es/grecia/>> [consulta: 09 junio 2021].
- Sartori, G. (1992) *Elementos de teoría política*. Madrid, Ed. Alianza.
- Secretaría de Gobernación. (n.d. a) *Conceptos Básicos Sobre Derechos Humanos* [en línea] disponible en <<http://www.tfca.gob.mx/es/TFCA/cbDH>> [Consulta: 23 febrero 2023].
- Secretaría de Gobernación. (n.d. b) *Principales Instrumentos Internacionales en Materia de Derechos Humanos* [en línea] disponible en <<http://www.tfca.gob.mx/es/TFCA/piiDH>> [Consulta: 23 febrero 2023].
- Senado de la República. (2012) *Gaceta parlamentaria, LXI/3SPR-4/35481* [en línea] disponible en <https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_comision_permanente/documento/35481#:~:text=El%20INEGI%20indica%20que%20en,de%20manera%20temporal%20o%20permanente.>> [consulta: 22 junio 2022].
- Senado de la República. (2016) *Gaceta del Senado de la República* [en línea] disponible en <https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/62316> [consulta: 04 diciembre 2020].
- Stanford Children's Health. (2021) *¿Qué es la fertilización in vitro?* En: Stanford Children's Health [en línea] disponible en <<https://www.stanfordchildrens.org/es/service/fertility-and-reproductive-health/what-is-in-vitro-fertilization>> [consulta: 23 junio 2022].
- Surrogacy365.com (2021) *Gestación subrogada, Canada* [en línea] disponible en <<https://www.surrogacy365.com/es/destinos/canada/>> [consulta: 08 junio 2021].
- Tamés, R. (2020) *Gestación subrogada en México*. En: *Feminismos y derecho: un diálogo interdisciplinario en torno a los debates contemporáneos*. Centro de

Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. México.
Páginas 301-317 [en línea] disponible en
<<https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2022-03/8.%20Gestacio%CC%81n%20subrogada%20en%20Me%CC%81xico%20.pdf>> [consulta: 27 febrero 2023].

Tosca, A. (2016) La maternidad subrogada y sustituta en el marco jurídico de Tabasco. En: *Revista Hechos y Derechos UNAM* [en línea] disponible en
<<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/10480/12645>> [consulta: 23 septiembre 2020].

Tozzini, R. (1992) *Esterilidad e infertilidad humanas*. Buenos Aires, Editorial Médica Panamericana.

Trollice, M. y N. Álvarez. (2019) Gestación subrogada en Estados Unidos: precio, legislación y requisitos. En: *Babygest* [en línea] disponible en
<<https://babygest.com/es/estados-unidos/>> [consulta: 09 junio 2021].

Uría, M. (2020) La dignidad humana y el derecho de disposición sobre el propio cuerpo. Reflexiones a partir del rechazo de tratamientos médicos y los acuerdos de maternidad subrogada. En: *Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica*, vol. 29, núm. 1, pp. 39-65 *Universidad de la Sabana* [en línea] disponible en
<<https://www.redalyc.org/journal/720/72066353003/72066353003.pdf>> [consulta: 25 febrero 2023].

Varsi, E. (2019) Los actos de libre disposición del cuerpo humano. En: *Acta Bioethica*; 25 (1): 9-23. [en línea] disponible en <
<https://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v25n1/1726-569X-abioeth-25-1-00009.pdf>> [consulta: 25 febrero 2023].

Ximénez, P. (2017) Por qué California es la meca de la gestación subrogada. En: *Diario El País*. 23 de febrero de 2017 [en línea] disponible en
<https://elpais.com/internacional/2017/02/23/actualidad/1487854048_748059.html> [consulta: 09 junio 2021].