



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Observatori de
Bioètica i Dret
Universitat de Barcelona

FLACSO
ARGENTINA

Revista de Bioètica y Derecho

Perspectivas Bioètiques

www.bioeticayderecho.ub.edu – ISSN 1886 –5887

DOSIER GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, CON OCASIÓN DE LA NUEVA SENTENCIA DEL TS ESPAÑOL DE 31 DE MARZO DE 2022

La maternidad subrogada en México

La maternitat subrogada a Mèxic

Surrogacy Motherhood in Mexico

MARIANA DOBERNIG GAGO *

* Mariana Dobernig Gago. Profesora de Derecho Civil, Universidad Iberoamericana de México.
Email: mariana.dobernig@ibero.mx.



Copyright (c) 2022 Mariana Dobernig Gago

Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada
4.0 Internacional.

Resumen

La maternidad subrogada ha estado presente en la vida reproductiva de miles de parejas que buscan, a través de este procedimiento, lograr el sueño de convertirse en padres/madres de una criatura que tenga su mismo origen biológico. Estas parejas no pueden concebir debido a una imposibilidad física para gestar o por tratarse de parejas del mismo sexo, siendo ésta la única forma de convertirse en padres/madres biológicos. Sin embargo, en la actualidad, cada vez son más los casos que llegan a diversos tribunales con disputas por el reconocimiento de la filiación y la nacionalidad, así como problemas por la forma en que el poder legislativo ha regulado estos procedimientos. A través de estas líneas se expondrá lo que ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de México sobre este tema, ya que los estados de Tabasco y Sinaloa han regulado el uso de la maternidad subrogada, pero en el año 2016 se solicitó la revisión de la Suprema Corte de la norma establecida en Tabasco por considerarla inconstitucional.

Palabras clave: reproducción asistida; maternidad subrogada; derechos de filiación; argumentos de la suprema corte.

Resum

La maternitat subrogada ha estat present en la vida reproductiva de milers de parelles que busquen, a través d'aquest procediment, aconseguir el somni de convertir-se en pares/mares d'una criatura que tingui el seu mateix origen biològic. Aquestes parelles no poden concebre a causa d'una impossibilitat física per a gestar o per tractar-se de parelles del mateix sexe, sent aquesta l'única manera de convertir-se en pares/mares biològics. No obstant això, en l'actualitat, cada vegada són més els casos que arriben a diversos tribunals amb disputes pel reconeixement de la filiació i la nacionalitat, així com problemes per la forma en què el poder legislatiu ha regulat aquests procediments. A través d'aquestes línies s'exposarà el que ha resolt la Suprema Cort de Justícia de Mèxic sobre aquest tema, ja que, els estats de Tabasco i Sinaloa han regulat l'ús de la maternitat subrogada, però l'any 2016 es va sol·licitar la revisió de la Suprema Cort de la norma establerta en Tabasco per considerar-la inconstitucional.

Paraules clau: reproducció assistida; maternitat subrogada; drets de filiació; arguments de la suprema cort.

Abstract

Surrogate motherhood has been present in the reproductive life of thousands of couples who seek, through this procedure, to accomplish the dream of becoming parents of a child with the same biological origin. These couples face an inability to conceive within the couple due to a physical impossibility to gestate or because they are same-sex couples, this being the only way to become biological parents. However, nowadays, more and more cases are coming to court with disputes over filiation and nationality, as well as legal disputes about the way in which the legislature has regulated these procedures. This article will explain what the Mexican Supreme Court of Justice has ruled on the subject, since the states of Tabasco and Sinaloa have regulated the use of surrogacy, but in 2016 the Supreme Court was asked to review the regulation established in Tabasco as it was considered unconstitutional.

Keywords: assisted reproduction; surrogacy motherhood; filiation rights; allegations of the supreme court.

1. Introducción

Las técnicas de reproducción asistida humana (TRHA) han hecho posible que “los gametos femeninos sean fecundados fuera del cuerpo de la mujer. Esto ha posibilitado que estos embriones puedan ser transferidos a mujeres distintas de las que aportan los óvulos.”¹ Las madres subrogadas, sustitutas o mujeres gestantes, son mujeres fértiles que aceptan, mediante precio o no, llevar a término un embarazo que normalmente se ha generado mediante gametos procedentes de la pareja que asumirá la filiación legal, para que, una vez producido el parto, entregue el hijo a estas personas que lo encargaron (padres/madres comitentes o solicitantes) y, en su caso, se cubra la compensación fijada o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto. La maternidad subrogada o maternidad sustituta puede plantear numerosos problemas, de los cuales mencionaremos los más frecuentes, que pueden ser, que la mujer gestante desee quedarse con el niño.² Que quien solicitó el contrato no quiera quedarse con el niño.³ Que antes del nacimiento se detecte en el niño alguna anomalía y se solicite el aborto terapéutico, negándose a ello la gestante. Que la pareja estéril se divorcie durante el embarazo, problema especialmente grave, si la esposa no hubiera aportado el óvulo.⁴

Otra situación es el caso de las parejas de varones que desean tener un hijo o un varón de forma individual que desea asumir la paternidad, en esos casos, la única alternativa posible es, si uno de ellos quiere ser el padre biológico, con una donación de óvulo a través de la maternidad subrogada, una mujer gestante ese bebé. Esta situación es más problemática en palabras de Puigpelat,⁵ por lo que considera que la maternidad por sustitución debería admitirse cuando quien recurre a ella es una mujer que tiene óvulos fecundables, pero problemas médicos le impiden llevar a cabo la gestación.

¹ Puigpelat, F. (2010): Los derechos reproductivos de las mujeres: interrupción voluntaria del embarazo y maternidad subrogada, México, Fontamara, p. 173.

² Esa fue la situación del famoso caso llamado comúnmente "Baby M", en el cual los señores Stern contrataron a la señora Whitehed para que fuera inseminada con el semen del señor Stern y gestara un hijo, sin embargo, el caso llegó a juicio debido a que la señora Whitehed no quiso entregar el bebé cuando nació. Conf. In Re Baby M, New Jersey Supreme Court, 537 a.2d 1227 (N.J.1988).

³ Caso suscitado en Tailandia con la pareja australiana que dejó abandonado a un hijo con Síndrome de Down y quedándose únicamente con el gemelo sano.

https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2014/08/140802_ultnot_australia_bebe_down_wbm, 10 de septiembre de 2022.

⁴ Como en el caso presentado en Buzzanca v. Buzzanca, donde la pareja Buzzanca contrato a una madre subrogada y se le transfirió un embrión producto de la donación de óvulo y esperma, por lo que la pareja solicitante no tenía ningún lazo biológico con el niño, durante el embarazo la pareja solicita el divorcio y el cónyuge varón en el convenio de divorcio señala que no hay hijos y ahí empieza una disputa legal. Conf. Buzzanca v. Buzzanca, California Court of Appeal, 1998, 61 Cal.App.4th 1410, 72 Cal.Rptr.2d 2

5Ibidem, p. 175.

En opinión contraria, Lamm⁶ argumenta que debe recurrirse al principio de igualdad y no discriminación, para argumentar a favor de la regulación y admisión de la maternidad subrogada, ya que es la única opción que tiene una pareja formada por dos varones de tener un hijo genéticamente propio.

La realidad es, que con o sin legislación, la persona de forma individual o en pareja que deciden recurrir a este tipo de procedimientos, no les impide que la norma local lo prohíba, se trasladan a destinos donde sean permitidos y buscan de forma desesperada asumir la paternidad o maternidad a través de estos contratos.

2. La situación legal de México

En México, dos estados han regulado de forma específica a la maternidad subrogada, Sinaloa y Tabasco.

El Código Familiar del Estado de Sinaloa⁷ incluye un capítulo sobre “Reproducción Humana Asistida y Gestación Subrogada”.⁸ Define a la reproducción humana asistida, permite el uso de las TRHA únicamente en parejas unidas en matrimonio o concubinato.

Autoriza la reproducción *post mortem*, siempre y cuando el varón hubiera otorgado, en vida, su consentimiento, sin marcar un plazo para que la mujer pueda realizarlo.

Regula la maternidad subrogada, definiéndola como “la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento”.

Sobre la mujer gestante, el Código señala que debe ser una mujer entre 25 y 35 años, madre de, al menos, un hijo consanguíneo sano, con una buena salud física y psíquica, y que haya otorgado su consentimiento. Además, no puede padecer de alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía.

⁶ Lamm, E. (2012), Gestación por sustitución, realidad y derecho, Revista para el análisis del Derecho, (núm.4), p. 8

⁷ Publicado en el Órgano Oficial del Gobierno del Estado de Sinaloa, el 6 de febrero de 2013.

<https://www.congresosinaloa.gob.mx/leyes-estatales/>

⁸ Del artículo 282 al 297.

Así mismo, recibirá una visita de una trabajadora social que compruebe que su entorno familiar sea estable y libre de violencia, y su condición económica y social sea adecuada. Además, deberá acreditar que no ha estado embarazada durante el último año, y el Código limita a dos las ocasiones en las que puede actuar como madre gestante.

El Código hace una relación de modalidades en los acuerdos de subrogación, y señala, en primer lugar, a la subrogación total, cuando la mujer, además de gestar, es madre biológica porque aporta sus óvulos. Subrogación parcial, cuando el embrión proviene de la pareja solicitante y la mujer gestante solo presta su útero. Subrogación onerosa que sería cuando “una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de gestación” y, por último, habla de subrogación altruista, que es la que se da cuando la mujer gesta de manera gratuita.

Así mismo, este Código establece varios requisitos para el Instrumento de maternidad subrogada, los cuales incluyen, que deberán firmarlo el padre y la madre subrogados, la gestante, el Notario Público y el director de la clínica o centro hospitalario. Una vez suscrito el Instrumento, se deberá notificar a la Secretaría de Salud y al oficial del Registro Civil, para que estén en conocimiento, y se pueda contemplar la filiación del hijo de sus progenitores biológicos desde el momento de la fecundación.

Al momento del parto, el médico autorizado deberá llenar un certificado de nacimiento en el que se hará constancia del Instrumento de subrogación.

Por otra parte, el Código Civil de Tabasco⁹ fue el primer Estado de la República Mexicana en legislar la maternidad subrogada, a través del Código Civil local, añadiendo el Capítulo VI Bis denominado “Gestación Asistida y Subrogada en el año 1997. Fue la primera normativa que trato de forma más detallada el tema de la reproducción humana asistida y la maternidad subrogada, sin contemplar de forma clara el contenido del contrato.

Con el paso de los años, y después de varios problemas suscitados por los contratos realizados en Tabasco, como, por ejemplo, el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, en sus Observaciones finales sobre los informes periódicos 4º y 5º del 8 de junio de 2015¹⁰ señalaran, la preocupación sobre la regulación de la subrogación en Tabasco ya que no proporcionaba suficientes garantías para evitar su uso como medio para la venta niñas y niños¹¹, siendo éstos

⁹ Publicado en el Suplemento del Periódico Oficial del Estado de Tabasco, el 9 de abril de 1997, http://periodicos.tabasco.gob.mx/media/periodicos/5696_sup.pdf

¹⁰ https://hchr.org.mx/wp/wp-content/themes/hchr/images/doc_pub/CRC_C_MEX_CO_4-5.pdf

¹¹ En este mismo sentido, La sentencia 277/2022 de una sala del Tribunal Supremo Español establece que: El artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño “Los Estados parte tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral

dados a conocer a nivel nacional e internacional y debido a las lagunas legales, así como los riesgos que conllevaba la realización de estos contratos, dio como resultado que en el año de 2015, la LXI Legislatura del Congreso de Tabasco emitió una serie de reformas a los artículos comprendidos del 380 Bis 1 al Bis 7¹², para tratar de regular de forma más específica la maternidad subrogada. Debido a dicha reforma la Procuraduría General de la República presentó en el año 2016, una acción de inconstitucionalidad a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en contra de las reformas realizadas por el Poder Legislativo del Estado de Tabasco, por considerar que las mismas eran violatorias al artículo 4° Constitucional.

3. Acción de inconstitucionalidad 16/2016

La Acción de inconstitucionalidad 16/2016, promovida por la Procuraduría General de la República contra de los Poderes Ejecutivo y Legislativo del Estado de Tabasco solicitaron la impugnación de los artículos 380 Bis, 380 Bis Tercero, Cuarto, Quinto y Sexto del Código Civil (CC) de Tabasco, publicados el trece de enero de dos mil dieciséis por violentar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (la Constitución).

A continuación, se relatarán los argumentos presentados por la Procuraduría General de la República de México a través de la acción de inconstitucionalidad:

- (a) Atribución del Congreso Local para regular temas de Salubridad General: Se argumentó la incompetencia de la legislatura local (Tabasco) para regular cuestiones de salubridad general, siendo esta atribución del Congreso de la Unión, órgano facultado para regular estos temas: “La salubridad general incluye, entre otros, todo lo relativo al control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y células”.
- (b) Atribuciones del Poder Legislativo para regular temas de relativos a las células germinales: La Secretaría de Salud es la autoridad competente para controlar y vigilar la disposición y trasplante de órganos, tejidos y células de seres humanos, así como establecer las políticas de salud en materia de donación, procuración y trasplante de tejidos, órganos y células.

que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”. Se define la venta de niños como “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”. La gestación por sustitución comercial entra de lleno en la definición de “venta de niños.”

¹² A través del Decreto 265, Publicado en Periódico Oficial del Estado de Tabasco, el 13 de enero de 2016, http://periodicos.tabasco.gob.mx/media/periodicos/7654_sup.pdf

Se considera que únicamente la Ley General de Salud debe de regular en materia de células germinales, por ser un tema que se entraña la salubridad general y por tanto únicamente el Congreso de la Unión (a nivel Federal) estaría facultado para regular sobre esta materia.

- (c) Violación a los principios de seguridad y legalidad jurídica: El artículo 380 Bis párrafo tercero del CC de Tabasco, viola los principios de seguridad y legalidad jurídica, generando inseguridad al establecer que el consentimiento expresado en vida por algún cónyuge o concubino/a, para que sus gametos puedan ser utilizados en un procedimiento de inseminación después de su muerte, deberán de cumplir con las formalidades que exige el CC de Tabasco contraviniendo lo establecido por el artículo 241 párrafo segundo de la Ley de Salud de Tabasco que señala que el consentimiento de las personas para disponer de su cuerpo, deberá efectuarse con las formas, circunstancias, requisitos, restricciones y prohibiciones previstas en la Ley General de Salud.

En este sentido se considera que el legislador de Tabasco violenta la Constitución desde tres esferas:

- ◆ Invade la esfera de competencia reservada al Congreso de la Unión al legislar en materia de seguridad general, por regular la disposición *post mortem* de células germinales.
- ◆ Al señalar que tal consentimiento deberá darse de acuerdo con las normas del CC Tabasco en contradicción con lo que señala la Ley General de Salud.
- ◆ Genera incertidumbre jurídica para los operadores jurídicos que aplicarán la norma, como para los destinatarios de esta.

- (d) Violación del Principio de Interés Superior del Menor: Inconstitucionalidad del artículo 380 Bis 3, párrafo quinto del CC Tabasco por vulnerar el principio de interés superior del menor, legalidad y seguridad jurídica, al establecer “En caso de que la gestante sustituta o su cónyuge demanden la paternidad o maternidad, solamente podrán recibir, previo reconocimiento de su cónyuge, la custodia del producto de la inseminación, únicamente cuando se acredite la incapacidad o muerte de la madre o padre contratantes”, violentando los preceptos de la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño y la Constitución, al permitir, a la gestante sustituta o su cónyuge demandar la paternidad o maternidad en caso de muerte o incapacidad del padre o la madre contratantes para lograr la custodia del nasciturus producto del contrato de subrogación, utilizando el legislador la conjunción “o” en lugar de “y”, esto es si el padre o la madre contratantes llegaran a morir o quedar en estado de interdicción, abre la posibilidad a la madre subrogada o a su cónyuge a solicitar la patria potestad del producto del contrato, privando como lo señalan los artículos 425 y 426 CC de Tabasco a adjudicar la patria potestad a los abuelos paternos o maternos, por lo tanto esta regulación, genera

inseguridad jurídica y resulta violatorio de la Constitución que protege el sano desarrollo de la familia.

- (e) Violación al libre desarrollo de la personalidad y autonomía reproductiva de la mujer: Inconstitucionalidad del artículo 380 Bis 3, párrafos cuarto y sexto del CC de Tabasco, por ser contrario al principio de igualdad de género constitucional al establecer: “...lo que no impedirá que pueda donar el óvulo para la fecundación *in vitro* o portar al producto fecundado en su vientre mediando conocimiento de cónyuge o concubino”, se considera inconstitucional porque se prohíbe como regla general que la mujer que ha estado embarazada en los últimos 365 días participe en un contrato de subrogación, así como que participe en más de dos ocasiones consecutivas en este tipo de acuerdos, salvo que tenga el consentimiento de su cónyuge o concubino, por lo que hace que la mujer tenga una sujeción hacia el hombre, en relación a las decisiones sobre su propio cuerpo, esto se contraponen al derecho humano de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados y prácticas sociales protegidas en documentos internacionales como la Convención Belém do Pará y la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- (f) Omisión legislativa relativa en competencia de ejercicio potestativo: El legislador de Tabasco incurrió en una falta al regular en materia de salubridad pública permitiendo la maternidad subrogada y haciéndolo de forma incompleta o deficiente. El artículo 380 Bis 5 del CC de Tabasco establecía los requisitos del contrato de gestación sin establecer por ejemplo si el contrato era gratuito u oneroso.

4. Sentencia a la acción de inconstitucionalidad 16/2016¹³

A continuación, se expondrán los principales puntos que se emitieron a través del Acuerdo del Tribunal del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 7 de junio de 2021 sobre la regulación de la maternidad subrogada en el Estado de Tabasco.

- (a) Atribución del Congreso Local para regular temas de Salubridad General: El derecho a la salud, consagrado en el artículo 4° Constitucional, atribuye de manera expresa tanto a la Federación como a los Estados el carácter de autoridades, sin embargo, corresponde de manera exclusiva

¹³https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5648306&fecha=07/04/2022#gsc.tab=0

al Congreso de la Unión a través de la Ley General de Salud, las bases y modalidades de la participación de estos organismos.

Este Tribunal concluye que la regulación para la disposición de órganos, tejidos, componentes y células, deben de encuadrarse en el marco del Sistema Nacional de Salud, sin embargo, en las políticas de salud pública deben de cumplir con el mandato constitucional de garantizar, a todos los individuos, el derecho a formar una familia de manera libre, responsable e informada, en congruencia con su dignidad y libertad reproductiva. En este sentido, la gestación por sustitución, son una realidad imperante y deben ser entendidas tomando en cuenta los derechos fundamentales que se ven involucrados, como son la libertad y la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar, el derecho a conformar una familia, el derecho a la vida, la salud, a la libertad, a la seguridad e integridad personal, a decidir el número e intervalo de hijos, a la igualdad y a la no discriminación, al empleo y a la seguridad social, a la educación, a la información a modificar las costumbres discriminatorias contra la mujer y entre otros a disfrutar del progreso científico, en este sentido el Código Civil está facultado para regular de forma local aspectos sobre la filiación de los hijos nacidos a través de éste tipo de procedimientos.

- (b) Atribuciones del Poder Legislativo para regular temas de células germinales: El artículo 380 Bis fue impugnado por regular cuestiones de salubridad general y se cuestiona si se invaden atribuciones reservadas de manera exclusiva a la Federación, pues es importante que el legislador local tomara en cuenta para analizar este tema, de forma homogénea las normas emitidas por la Secretaría de Salud a través de la Ley General de Salud Federal con la norma local.

El legislador local excedió su competencia al establecer una definición de lo que se entiende por reproducción humana asistida, regulando indebidamente cuestiones técnicas y biológicas de la gestación por sustitución, al definir que la reproducción humana y cuestiones que se refieren directamente a la utilización de las células germinales.

- (c) Violación a los principios de seguridad y legalidad jurídica: La tesis de inconstitucionalidad está fundada en que el artículo 380 Bis del CC de Tabasco es inconstitucional por violar el principio de seguridad jurídica, al existir una doble regulación respecto del consentimiento que debe expresar el cónyuge o concubino, para que sus gametos puedan ser utilizados después de su muerte en un procedimiento de reproducción asistida. Se argumenta que existe una doble regulación, ya que el otorgamiento del consentimiento también está regulado por el artículo 241 de la Ley de Salud del Estado de Tabasco, creando una confusión de cuál regulación es la que debe de aplicarse para el otorgamiento del consentimiento.

En opinión de este tribunal, el argumento de la accionaria es infundado, ya que la seguridad jurídica es la base sobre la cual descansa el orden jurídico, debe distinguirse entre los requisitos aplicables al consentimiento para la donación y trasplante órganos y, por otra parte, la fecundación post mortem, la cual, es un mecanismo a través del cual se pretende buscar un embarazo después de la muerte del cónyuge, el requisito establecido en la normativa es el consentimiento en vida del varón que aporte su material genético. Sin embargo, este ordenamiento deja lagunas jurídicas, al no regular sobre los embriones crioconservados, o la posibilidad de que la mujer sea la que fallezca y si el cónyuge puede contratar una subrogación para gestar el hijo producto del material genético y/o embriones congelados. En este sentido el Legislador no dio la misma oportunidad a las mujeres para que otorgaran su consentimiento para que sus óvulos y/o embriones fueran fecundados y transferidos a una tercera mujer para permitir el embarazo y posible nacimiento después de su muerte.

Por estas razones, este Tribunal considera, que atendiendo el interés de las mujeres de ser madres y a respetar los principios de igualdad y no discriminación, esta regulación es inconstitucional y contraria a los artículos 1º y 4º constitucionales y deben ser declarados inválidos.

- (d) Violación del Principio de interés superior del menor¹⁴: A través del artículo 380 Bis 3, párrafo quinto del CC de Tabasco, donde se establece: “En caso de que la gestante sustituta o su cónyuge demanden la paternidad o maternidad, solamente podrán recibir, previo reconocimiento de su cónyuge, la custodia del producto de la inseminación, únicamente cuando se acredite la incapacidad o muerte de la madre o padre contratantes”; en este sentido, este Tribunal considera fundada la invalidez, debido a que el interés superior del menor exige que las decisiones que se adopten en torno a los derechos de las niñas y los niños busquen siempre su mayor beneficio, dicho interés no puede establecerse de manera abstracta ya que las relaciones familiares son extraordinariamente complejas el juez debe valorar las especiales circunstancias que concurren en cada situación para así poder determinar qué es lo mejor para el menor involucrado. En este sentido este Tribunal considera inconstitucional esta norma, ya que cuando se hace uso de la maternidad por sustitución, ni la mujer gestante, ni su cónyuge o concubino tienen legitimación para solicitar la maternidad o paternidad e

¹⁴ En la sentencia de Sentencia 65192/11, *Menesson v. Francia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido: “El Tribunal puede aceptar que Francia desee disuadir a sus nacionales de ir al extranjero para aprovechar los métodos de reproducción asistida que están prohibidos en su propio territorio, sin embargo, los efectos del no reconocimiento en la legislación francesa de la relación legal padre-hijo entre los niños así concebidos y los futuros padres no se limitan únicamente a los padres. Estas medidas afectan también a los propios niños, cuyo derecho al respeto de su vida privada –lo que implica que toda persona debe poder establecer la esencia de su identidad, incluida la relación legal paternofilial– se ve sustancialmente afectado. El Tribunal considera, teniendo en cuenta las consecuencias de esta grave restricción de la identidad y el derecho al respeto a la vida privada de los demandantes tercero y cuarto, que al impedir tanto el reconocimiento como el establecimiento en el derecho interno de su relación jurídica con su padre biológico, el Estado demandado sobrepasó los límites permisibles de su margen de apreciación. Por la importancia de considerar siempre el interés superior del menor, es que se considera que los derechos del tercero y cuarto demandantes fueron violados.

incluso la custodia del niño o niña producto de la TRHA utilizada a través del contrato de subrogación. En el uso de estas técnicas, el derecho a la filiación se determina en razón del derecho de los menores a la identidad, inscripción y relaciones familiares, en los que se ha de considerar el elemento volitivo denominado voluntad procreacional, es decir, deberá atenderse a la presencia del principio bioético de autonomía expresado en el consentimiento informado cuando se trate de una filiación de una niña o niño nacido a través de las TRHA. En la gestación subrogada, la voluntad procreacional es la intención de querer engendrar un hijo con material genético propio o de un tercero, transferido a una tercera mujer para gestar ese producto a término. Es el interés superior del menor, conforme a su derecho de prevalencia a sus relaciones familiares, que se reconozca la filiación a aquellas personas que tienen la voluntad de ejercer este rol, el vínculo genético con la gestante o en su caso con el o los donantes no es motivo para considerar que éstos deben tener, en automático, alguna legitimación para reclamar algún derecho sobre el menor. El Tribunal concluyó que es inconstitucional por establecer una regla que coloca a las mujeres gestantes y a sus cónyuges en una especie de prelación respecto de otras personas que pudieran asumir la custodia del hijo o hija nacida bajo el contrato de subrogación en relación con el parentesco por consanguinidad (abuelos/as, tíos/tías), ya que se les priva de vivir dentro de una familia con la que tienen un origen biológico y que se genera en relación con sus derechos derivados de la filiación.

- (e) Violación al libre desarrollo de la personalidad y autonomía reproductiva de la mujer: En relación con los párrafos cuarto y sexto del artículo 380 Bis 3 del CC de Tabasco, por ser contrarias al principio de igualdad de género, al crear una relación de sujeción de la mujer hacia el hombre vinculada con las decisiones respecto de su propio cuerpo.

El Tribunal considera fundado el concepto de invalidez, ya que el libre desarrollo de la personalidad implica el reconocimiento del derecho de las personas a decidir libremente de acuerdo con su autonomía y en respeto a la dignidad de la persona. Se considera que cualquier norma que intervenga con la decisión de la mujer para disponer libremente de su cuerpo como sería el contrato de subrogación, violenta su derecho al libre desarrollo de su personalidad.

La determinación de la mujer de disponer de su cuerpo para un procedimiento de gestación subrogada implica su derecho a la salud reproductiva, a disponer libremente de su cuerpo y el Estado debe garantizar las condiciones necesarias para que las mujeres que deciden ser gestantes a través de los contratos de subrogación, puedan tomar esta decisión, libre de la influencia de su pareja.

- (f) Violación al principio de igualdad y no discriminación con motivo de la orientación sexual y el estado civil: Esto se refiere al párrafo sexto del artículo 380 Bis 3, donde se establece que el

contrato de gestación subrogada deberá ser firmado por la madre y el padre contratantes. Esta norma es discriminatoria con motivo de la orientación sexual y el estado civil, debido a que establece que este tipo de contratos únicamente puede ser realizado por parejas heterosexuales, con lo cual discrimina a las parejas del mismo sexo que quieran acceder a este tipo de contratos o incluso personas en lo individual.

- (g) Omisión legislativa relativa en competencia de ejercicio potestativo: esto se da en el artículo 380 Bis 5 del CC de Tabasco, donde se establece que el poder legislativo no solo carecía de facultades para regular la maternidad subrogada, sino que además lo hizo de forma incompleta o deficiente, ya que dentro del contrato de gestación se debió regular el contenido económico del mismo. Sobre este aspecto el Tribunal considera que es infundada la acción de invalidez. Este Tribunal considera que la determinación de establecer sistemas comerciales o altruistas forma parte de la libertad configurativa de las legislaturas locales, es importante destacar que la forma de proteger a todas las partes en este tipo de contratos, es a través de la regulación integral, permitiendo tanto los contratos onerosos como gratuitos, debido a que la prohibición de los contratos onerosos puede llevar a la práctica de la gestación subrogada de forma clandestina, creando más vulnerabilidad a las mujeres más pobres y desprotegidas. En este sentido, se considera que en este tema se debe de aplicar el principio de autonomía de la voluntad, considerándose que si no está prohibido está permitido.

Sin embargo, se debe de enfatizar que, a la luz del interés superior del menor, todos los Estados están obligados a prohibir la venta de niños y niñas y, a crear la normativa necesaria para salvaguardar el mayor interés del menor de conformidad con la Convención sobre Derechos del Niño y ésta debe de darse a través de la actuación de las autoridades judiciales encargadas de supervisar la validez de un contrato de esta naturaleza.

- (h) Extensión de invalidez por discriminación: Debido a que ya como se ha señalado en los párrafos anteriores, es decretado inconstitucional los artículos en los que se establecía “la madre y el padre” prevista en el artículo 380 Bis 3, como si el tema de la reproducción debería únicamente tratarse en parejas heterosexuales, dejando a un lado las relaciones del mismo sexo, así como la reproducción de forma individual, por lo que, es importante que este Tribunal extienda la invalidez a los siguientes artículos por considerarse igualmente discriminatorios.
- ◆ Artículo 380 Bis sobre el concepto de reproducción humana asistida, en el citado artículo en varias partes repite la frase “**cónyuges o concubinos**”. Esto es considerado violatorio ya que el derecho a ser madre o padre corresponde a cualquier persona, independientemente de su estado civil o de su orientación sexual.

- ◆ Artículo 380 Bis 1 Gestación por Contrato: donde se establece que “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...” Nuevamente resulta discriminatorio ya que no se puede establecer este derecho únicamente a las parejas, es un derecho individual, enmarcado en la libertad reproductiva de la persona.
- ◆ Artículo 380 Bis 2 Formas de Gestación por Contrato, señalado en la fracción I “Subrogada, implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido a la **madre** contratante mediante adopción plena” ... Utilizar el término de madre es discriminatorio, porque el varón también puede acceder a este tipo de filiación.
- ◆ Artículo 380 Bis 5 Requisitos del Contrato de Gestación, en la fracción IV, se establece que la mujer gestante debe otorgar su aceptación... “respecto al o los recién nacidos y los **padres contratantes** una vez producido el nacimiento”. Así mismo, más adelante en la misma fracción se vuelve a establecer que “la mujer gestante, el **padre y la madre contratantes**, deberán someterse a los estudios que establezca la Secretaría de Salud...” y por último al final se establece que “los contratantes y el feto, a su vez que la gestante **y, en su caso, su cónyuge o concubino** renuncien a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido” ... La normativa debe de referirse al o los contratantes, sin importar el estado civil de lo que solicitan el contrato.
- ◆ Artículo 380 Bis 7 Responsabilidades. A lo largo del artículo establece en varias ocasiones el concepto de **padres**, así como el de **la madre y al padre**, utilizar estos términos es igualmente discriminatorio ya que como ya lo mencionamos el derecho a la reproducción se puede ejercer de forma individual o en parejas homosexuales o heterosexuales.

5. Conclusiones

Después del análisis anterior podemos concluir los puntos principales que analizó la Suprema Corte de Justicia de la Nación,¹⁵ con relación a la regulación de la maternidad subrogada en Tabasco:

¹⁵ La acción de inconstitucionalidad es procedente y parcialmente fundada. Es válido el artículo 380 Bis, párrafo segundo y cuarto (salvo lo ya analizado anteriormente). Es inválido los artículos 380 Bis, párrafos primero y tercero, 380 Bis 3, párrafos cuarto, quinto y sexto. Es inválido, por extensión los artículos 380 Bis, párrafo segundo, 380 Bis 1, 380 Bis 2, fracción I, 380 Bis 5, párrafos primero, fracción IV, segundo y tercero y 380 Bis 7, párrafos primero y tercero

- (a) Autoriza al Código Civil regular temas de maternidad subrogada en relación con la filiación de los hijos nacidos a través de estos procedimientos, sin adentrarse a la definición de temas relacionados con la reproducción humana, ni a la utilización de células germinales.
- (b) Eliminar la posibilidad que la gestante o su cónyuge puedan acceder al reconocimiento del hijo producto de la maternidad subrogada en caso de muerte o incapacidad de alguno de los miembros de la pareja solicitante. Cabría la posibilidad únicamente en caso de que no existiera ningún pariente por consanguinidad que pueda acceder a la patria potestad o la tutela del menor y será el juez el que pueda resolver sobre el tema, respetando y protegiendo el mayor interés del menor.
- (c) El acceso a las TRHA, así como a los contratos de maternidad subrogada deben de regularse protegiendo en todo momento el derecho a la reproducción de la persona individual, así como a las parejas homosexuales o heterosexuales, es decir, la orientación sexual o el estado civil, no puede ser un impedimento para tener acceso al uso de estos procedimientos.
- (d) Uno de los puntos medulares, es la invalidez de las disposiciones en las que se exigía que la mujer tuviera el consentimiento de su cónyuge o concubino para acceder a un contrato de subrogación, considerando que se debe de proteger la equidad de género y que la mujer debe de ser protegida en su dignidad y el sano desarrollo de su personalidad.
- (e) La resolución de la Corte nos vuelve a demostrar que las legislaturas están, en muchos temas, muy atrasadas con respecto a la evolución del derecho a nivel internacional, que hay situaciones ya superadas, como todas las referentes a la discriminación y a la igualdad de las mujeres y los hombres, y por ello debe realizarse una modernización de todas las disposiciones, la Corte resuelve: “este Tribunal Constitucional no puede obviar la imperante necesidad que existe en el Estado Mexicano de regular el acceso a la gestación por sustitución; así, en su papel comprometido con los derechos fundamentales, se exhorta a los demás Poderes de la Unión y a los Poderes de los Estados a que, en el ámbito de sus competencias, regulen de manera urgente y prioritaria la materia tratada en esta sentencia.”

Anexo

Se anexa el Decreto 265, publicado en el periódico oficial del Estado de Tabasco¹⁶, el trece de enero de dos mil dieciséis por el que se adicionó el Capítulo denominado:

¹⁶ http://periodicos.tabasco.gob.mx/media/periodicos/7654_sup.pdf

6. CAPITULO VI BIS De la Gestación Asistida y Subrogada

ARTICULO 380 Bis. 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.

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

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

ARTICULO 380 Bis 1. Gestación por Contrato

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.

ARTICULO 380 Bis 2. Formas de Gestación por Contrato

La gestación por contrato, admite las siguientes modalidades:

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

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

ARTICULO 380 Bis 3. Condición de la Gestante

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

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

Pueden ser contratadas como gestantes sólo las mujeres de entre veinticinco y hasta treinta y cinco años de edad que tengan una buena salud biopsicosomática y que hayan dado su

consentimiento de manera voluntaria para ser gestante subrogada o sustituta, habiendo adquirido plena información acerca del proceso, previa a la manifestación de su consentimiento.

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

En caso de que la gestante sustituta o su cónyuge demanden la paternidad o maternidad, solamente podrán recibir, previo reconocimiento de su cónyuge, la custodia del producto de la inseminación, únicamente cuando se acredite la incapacidad o muerte de la madre o padre contratantes.

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

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

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

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

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

ARTICULO 380 Bis 4. Nulidad de Contrato de Gestación

El contrato de gestación será nulo si se realiza bajo las siguientes circunstancias:

- I. Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas;
- II. No cumpla con los requisitos y formalidades que señala este Código;

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

IV. Intervengan agencias, despachos o terceras personas; y

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

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

ARTICULO 380 Bis 5. Requisitos del Contrato de Gestación

El contrato de gestación deberá ser suscrito por las partes, previo cumplimiento por parte de los contratantes de los siguientes requisitos:

I. Ser ciudadanos mexicanos;

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

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

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

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

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

Una vez que sea suscrito el instrumento jurídico ante Notario Público, deberá ser aprobado por el Juez competente, a través de procedimiento judicial no contencioso, en el que se reconozca el vínculo entre los contratantes y el feto, a su vez que la gestante y, en su caso, su cónyuge o concubino renuncien a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido. El Instrumento aprobado deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado.

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

ARTICULO 380 Bis 6. Asentamiento del recién nacido

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

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

ARTICULO 380 Bis 7. Responsabilidades

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

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

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

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

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

Fecha de recepción: 15 de septiembre de 2022

Fecha de aceptación: 30 de septiembre de 2022

Fecha de publicación: 19 de octubre de 2022