

CAPÍTULO SEGUNDO

GESTACIÓN SUBROGADA. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL ESTADO DE TABASCO

Karla CANTORAL DOMÍNGUEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Origen de la gestación o maternidad subrogada en el estado de Tabasco*. III. *Fundamento legal para la práctica de la gestación subrogada en Tabasco*. IV. *Valoración de entrevista realizada a mujer gestante*. V. *Consecuencias de una mala técnica legislativa*. VI. *Judicialización de la gestación por sustitución*. VII. *Situación de la gestación subrogada en el sureste de México*. VIII. *Conclusiones*. IX. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El uso de las técnicas de reproducción asistida surgió en el ámbito médico con el fin de apoyar a aquellas personas y/o parejas que por alguna incapacidad tenían problemas de fertilidad y no podían tener hijos, y así coadyuvar al ejercicio de sus derechos reproductivos. De esta manera, la Organización Mundial de la Salud reconoce de forma enunciativa como técnicas de reproducción asistida, las siguientes: fecundación *in vitro*; transferencia de embriones; transferencia intratubárica de gametos; transferencia intratubárica de cigotos; transferencia intratubárica de embriones; criopreservación de ovocitos y embriones; donación de ovocitos y embriones, así como el útero subrogado.¹

Sobre esta última técnica, en el presente trabajo se realizará una reflexión sobre la situación que ocurre actualmente en el sureste de México,

¹ OMS, *Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA)*, rev. y prep. por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology y la Organización Mundial de la Salud, trad. y publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida en 2010.

toda vez que en 1997 se incorporó al Código Civil del Estado de Tabasco, en diversos artículos regulados de forma dispersa, la figura de la maternidad subrogada. Por tal motivo, el objetivo general consiste en analizar los efectos jurídicos, culturales, políticos y sociales de la gestación subrogada en el estado de Tabasco, para determinar el modelo de protección que pueda garantizar los derechos de las personas que intervienen en el desarrollo de este procedimiento médico, acorde con el contexto internacional.

La hipótesis que se propone es la siguiente: la regulación sobre gestación subrogada en el estado de Tabasco es inconstitucional, discriminatoria y atenta contra la dignidad de las personas, para la práctica de esta técnica de reproducción asistida se requiere adoptar un modelo interdisciplinario, en el que los acuerdos de gestación se autoricen a través de la Secretaría de Salud y se garanticen los derechos de todas las personas que intervienen en este procedimiento médico.

Con independencia de la denominación que se le dé al término gestación subrogada, maternidad subrogada, útero subrogado, subrogación uterina, gestación por encargo, vientres de alquiler o vientre sustituto, en definitiva lo que se busca no es sólo la forma, sino el fondo en cuanto a establecer el modelo adecuado que permita continuar con el uso de esta técnica médica, siempre y cuando se establezcan los mecanismos jurídicos que tutelen los derechos de las personas que la utilizan, evitando todo tipo de mercantilización o posible trata de personas.

Tabasco, en uso de sus atribuciones constitucionales para legislar en materia civil y familiar,² fue el primer estado de la República Mexicana en legislar sobre la maternidad subrogada en su Código Civil; con posterioridad, diversos estados del país legislaron de forma permisiva como Sinaloa, incluso prevé la modalidad onerosa.³ Por su parte, otros estados regulan de forma genérica las técnicas de reproducción asistida en sus códigos civiles y familiares, como son Ciudad de México, Michoacán, Sonora, Zacatecas y Coahuila. Así también, los estados de San Luis Potosí y Querétaro prohíben de forma expresa el procedimiento de maternidad subrogada. Como veremos en este trabajo, la regulación en materia de técnicas de reproducción asistida, incluida la gestación subrogada, debe ser competencia del ámbito federal, en el área del derecho a la salud, por lo que los estados de México deben regular únicamente cuestiones derivadas de la filiación, el estado ci-

² Cfr. Artículos 73 y 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de febrero de 1917. Última reforma publicada el 9 de agosto de 2019.

³ Código Familiar del Estado de Sinaloa, *Periódico Oficial*, 6 de febrero de 2013. Última reforma publicada el 21 de febrero de 2018.

vil, la guarda y custodia, y todo tipo de consecuencias familiares en cuanto al uso de estas técnicas, no así con relación a su procedimiento.

II. ORIGEN DE LA GESTACIÓN O MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ESTADO DE TABASCO

El origen de la gestación subrogada en Tabasco, como se mencionó al inicio de este trabajo, fue en 1997,⁴ en el cual se incorporaron al Código Civil de forma dispersa catorce artículos⁵ en los que se encuentran términos como: concepción humana artificial, madre gestante sustituta, madre contratante, madre subrogada, métodos de reproducción asistida, madre biológica, madre legal, filiación de la madre contratante, contrato de maternidad sustituta y además se incorpora la capacidad de goce al concebido por cualquier método de reproducción humana artificial, aun cuando esté fuera del útero materno.

Antes de analizar el contenido de los artículos incorporados en Tabasco, nos formulamos la interrogante ¿por qué se incorporó la figura de la gestación subrogada en el Código Civil? En la exposición de motivos del Código Civil de Tabasco, se establece:

Los códigos sustantivos y adjetivos del Estado Libre y Soberano de Tabasco establecen derechos y obligaciones de los tabasqueños, por lo que es menester incorporar los recientes avances que se han dado en el ámbito científico y los cambios en materia económica y social con el fin de adecuarlos a la esfera jurídica, coadyuvando en este sentido para que la impartición de justicia sea pronta, expedita y eficaz [...]

En el libro primero se incorporan las consecuencias jurídicas de los adelantos de carácter científico en cuanto a la reproducción humana artificial, misma que se relaciona con las materias de filiación y sucesiones, las figuras de “madre gestante sustituta”, “contratante” y otras, previenen una serie de conflictos que pudieran presentarse en caso de inseminación artificial de ciudadanas tabasqueñas y, principalmente de naturales de esta entidad que podrían complicar la aplicación del derecho con la inminente presencia de métodos científicos de procreación.

Como podemos observar, el legislador expresó su intención de ir acorde con los avances científicos; sin embargo, no explicó ni justificó por qué in-

⁴ Publicado en el *Periódico Oficial del Estado*, 9 de abril de 1997. Última reforma publicada el 18 de mayo de 2019.

⁵ Véase artículos 31, 92, 165, 272 fracción XVIII, 324, 327, 329, 330, 340, 347, 349, 360, 365 y 399 fracción III, del Código Civil de Tabasco.

corporó la gestación subrogada y no otras técnicas de reproducción asistida; además, en el Código Civil se regulan cuestiones relativas a las personas, la familia y los actos jurídicos que celebren entre particulares, cuando este procedimiento médico debería encontrarse regulado dentro del ámbito del derecho a la salud.

Los artículos que se incorporaron al Código Civil en 1997 sobre gestación sustituta y subrogada son los siguientes: 31, 92, 165, 272 (fracción XVIII), 324, 327, 329, 330, 340, 347, 349, 360, 365 y 399 (fracción III). En estos artículos se establece que la forma a través de la cual se darán los casos de gestación sustituta y subrogada será a través de un contrato. Así también, se precisa que la madre gestante sustituta es la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el genético; por su parte, la madre subrogada provee tanto el componente para la gestación, como el material genético. Asimismo, se previó que la mujer que decida utilizar estos servicios de maternidad sustituta o subrogada, será denominada madre contratante.

De igual forma, se encuentran disposiciones sobre la forma para expedir el acta de nacimiento; se destaca de forma alarmante, el reconocimiento a la capacidad jurídica que se le da a “los concebidos por cualquier método de concepción humana artificial”, aun cuando no se encuentren en el útero materno, obviando los principios de la bioética, así como la protección jurídica que tiene el *nascitūrus* en el ámbito nacional e internacional.⁶

Lo cierto es que, a partir de estos catorce artículos del Código Civil, se empezaron a celebrar en el estado de Tabasco diversos contratos de maternidad sustituta y subrogada, en los cuáles se pactaban cláusulas de contenido económico por el pago de los servicios prestados a las mujeres que participaban como madre sustituta o subrogada, cuyo objeto era el nacimiento de un bebé. Este tipo de contratos patrimonializaban a la persona como si se tratara de una cosa, y podría incluso ser constitutivo de delito de trata de persona, además de que atenta contra el interés superior del menor.

En los contratos celebrados por escrito, se encontraba que las partes contratantes eran personas tanto de nacionalidad mexicana como extranjera, así también se establecían cláusulas en las que se pactaban por concepto de gastos diversos, vestimenta y calzado de embarazo, hospedaje y compra de mobiliario para el reposo adecuado de la madre gestante, consultas médicas, pagos parciales, incremento si resultaba más de un producto, además, no se encontraba ninguna cláusula en la que se estableciera una razón o

⁶ Al respecto, véase Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012.

causa de infertilidad o imposibilidad de la persona o pareja para llevar a término un embarazo.

En el caso de las parejas contratantes extranjeras, su propósito era poder llevarse al menor nacido bajo esta técnica de reproducción asistida a su país de origen, por lo que debían tramitar además del acta de nacimiento, el pasaporte correspondiente. Al aumentar el número de personas extranjeras que utilizaban esta técnica en Tabasco, el estado fue denominado como lugar de turismo reproductivo en el que se podía optar por concebir un hijo a bajos costos, en comparación con otros países como Estados Unidos y Canadá. El problema surgió cuando, en el país de origen de los nacionales, estaba prohibida la gestación por sustitución, como es el caso de España y Francia,⁷ en donde los niños nacidos bajo esta técnica se ubicaron en una situación de incertidumbre jurídica para poder optar por el reconocimiento de su identidad y para tener la nacionalidad de sus padres biológicos.

III. FUNDAMENTO LEGAL PARA LA PRÁCTICA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN TABASCO

En un segundo momento, en 2016, se realizó una reforma al Código Civil y se incorporó un capítulo denominado “De la Gestación Asistida y Subrogada” que contiene ocho artículos; cabe destacar que continúan vigentes los catorce artículos que se incorporaron en 1997. Los antecedentes de esta segunda etapa se explican a continuación.

En 2013,⁸ se presentó una iniciativa en el Congreso del Estado de Tabasco con el propósito de reformar los artículos del Código Civil relativos a la figura de la gestación sustituta y subrogada, con apoyo en algunos argumentos como el siguiente:

En la actualidad el derecho ha quedado rezagado a los avances tecnológicos y humanos, buscando explicaciones o soluciones a formas tradicionales

⁷ Después de 19 años de litigio, en Francia, finalmente se le reconoció como madre legal de dos niñas a una mujer que mediante gestación por sustitución obtuvo los servicios de otra mujer en California, Estados Unidos, para poder tener hijos, esto es un caso trágico en el que debido a la ausencia de regulación clara que garantice los derechos de las personas que intervienen en este proceso, conlleva una judicialización en cuanto al ejercicio de los derechos reproductivos. Al respecto, véase Arrêt núm. 648 de 4 octubre de 2019, de la Corte de Casación de Francia, en la página: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/648_4_43606.html.

⁸ Iniciativa presentada por la diputada Liliana Ivette Madrigal Méndez, mediante Sesión Pública Ordinaria de la Sexagésima Primera Legislatura al H. Congreso del Estado de Tabasco, el 8 de mayo de 2013.

propias de un derecho civil patrimonial, sin tomar en cuenta la amplia protección a los Derechos Humanos, como lo es el derecho a tener una familia, además, acorde los principios que integran el sistema jurídico mexicano, es inaceptable que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción asistida, como es el caso de la maternidad subrogada, vulneren la dignidad de la mujer gestante sustituta y del menor, mercantilizando la gestación y la filiación, tratando como “cosa” a la mujer gestante sustituta y al infante, lo que permite a terceras personas realizar negocio u obtener un beneficio económico con ellos, haciendo posible la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza, en la que sólo aquellas personas que disponen de recursos económicos suficientes pueden establecer relaciones paterno-filiales inaccesibles a la mayoría de la sociedad.

[...]

Se considera que tanto la maternidad subrogada o la gestante sustituta como sus efectos, no pueden concretarse en un contrato a la luz de nuestro sistema jurídico mexicano, sino que debe existir un instrumento especial que los regule y que permita a las partes establecer las condiciones que garanticen su seguridad y efectividad, ya que si bien es cierto que estos actos pudieran confundirse por tener un tanto de características similares, no menos cierto es que un acuerdo de maternidad subrogada no puede considerarse como un contrato patrimonial como tal, en virtud de que el cuerpo humano no es susceptible de ser un objeto de contrato, y que además está prohibido por la Ley General de Salud, cualquier acuerdo o transacción con ánimo de lucro en torno a los componentes del cuerpo humano y por último, no se puede hacer ningún tipo de cesión ni renuncia de los derechos y obligaciones familiares.

A partir de la presentación de esta iniciativa, se suscitó una fuerte polémica que tuvo repercusiones en la prensa local, nacional e internacional; además, las clínicas que participaban como intermediarias manifestaron su preocupación pues les limitarían el negocio que venían realizando.

Por otra parte, en junio de 2015, el Comité de los Derechos del Niño⁹ recomendó a México que se asegurara que el estado de Tabasco revisara su legislación sobre subrogación e introdujera las medidas necesarias para evitar su uso como un medio para la venta de niñas y niños. Fue así como, el 13 de enero de 2016, se publicó, en el *Periódico Oficial del Estado de Tabasco*, la reforma al Código Civil respecto al procedimiento de gestación subrogada, mediante la cual se adicionó el capítulo VI bis denominado “De la gestación asistida y subrogada”; integrado por los artículos: 380 bis; 380 bis 1; 380 bis 2;

⁹ ONU, Observaciones Finales sobre los Informes Periódicos Cuarto y Quinto Consolidados de México, Comité de los Derechos del Niño, 2015, disponible en https://www.unicef.org/mexico/spanish/CRC_C_MEX_CO_4-5.pdf

380 bis 3; 380 bis 4; 380 bis 5; 380 bis 6 y 380 bis 7, al título octavo “De la filiación”, perteneciente al libro primero, del Código Civil. La segunda etapa empezó a partir del 14 de enero de 2016, por lo que actualmente se encuentran vigentes tanto los catorce artículos de 1997 como los ocho artículos antes mencionados.

En cuanto al contenido de los artículos incorporados en 2016, se advierte lo siguiente:

- Algunos artículos corresponden a temas médicos que deberían estar en una regulación especial vinculada al derecho a la salud.¹⁰
- Se limita a ciudadanos mexicanos.¹¹
- Se restringe a que la mujer que posee la incapacidad para la gestación y que desee acceder al uso de este procedimiento médico, debe tener entre 25 y 40 años de edad.¹²
- La filiación se sigue remitiendo a las reglas de la adopción plena, lo que genera confusión e incertidumbre jurídica.¹³
- Omisión legislativa en cuanto al altruismo que debe regir en cuanto a las personas que intervienen en esta técnica de reproducción asistida.¹⁴
- Falta de claridad en cuanto a la posibilidad de que personas y/o parejas homosexuales puedan acceder o no al uso de este procedimiento médico.¹⁵

¹⁰ Véase artículos 380 bis, 380 bis 3 y 380 bis 4 del Código Civil de Tabasco.

¹¹ *Cfr.* Artículo 380 bis 5 del Código Civil de Tabasco, en donde la fracción I establece como requisito para suscribir el contrato de gestación, que las partes sean ciudadanos mexicanos.

¹² *Cfr.* Artículo 380 bis 5 fracción III del Código Civil de Tabasco. En el juicio de amparo 395/2019, radicado ante el juez séptimo de Distrito en Tabasco, demostró que es una persona interesada en crear un descendiente a través de la gestación asistida y subrogada, pero con la limitante de la edad máxima permitida, porque tiene cuarenta y cinco años de edad. El juez consideró en su sentencia que la limitante de la edad es una forma de exclusión, por lo que después de hacer un análisis de proporcionalidad, determinó que la limitación de la edad no es una medida idónea para lograr el fin constitucional válido perseguido por la norma, toda vez que si después de una serie de estudios médicos una persona adquiere la capacidad de ejercicio para acceder a la técnica de reproducción asistida, condicionar al requisito de la edad no corresponde al interés que protegen los artículos del Código Civil, esto es el interés superior del menor. En consecuencia, se consideró que el artículo 380 bis 5 fracción III del Código Civil es discriminatorio por razón de la edad.

¹³ *Cfr.* Artículo 380 bis 6 del Código Civil de Tabasco.

¹⁴ Con motivo de esta omisión, en cuanto al altruismo, todavía se encuentra pendiente de resolverse la Acción de Inconstitucionalidad 16/2016 en la SCJN.

¹⁵ Al respecto, aún se encuentra pendiente de resolución la solicitud de reasunción de competencia 49/2017, asignado a la Primera Sala de la SCJN.

La mercantilización del ser humano a partir de la celebración de un contrato, así como la falta de precisión en los artículos que regulan la gestación subrogada y sustituta en el estado de Tabasco, han traído como consecuencia que se inicie un largo y lento camino judicial en búsqueda del reconocimiento de los derechos a la igualdad y no discriminación, sobre los derechos reproductivos de las personas que desean acceder al uso de esta técnica; así como a la defensa del interés superior del menor y del derecho a su identidad; por lo que más adelante se analizará uno de estos casos judiciales que se ha originado en el sureste de México.

IV. VALORACIÓN DE ENTREVISTA REALIZADA A MUJER GESTANTE

Con el propósito de hacer un análisis cualitativo acerca de la experiencia que viven las mujeres que participan en un procedimiento de gestación sustituta o subrogada, se realizó una entrevista semiestructurada a una mujer que recientemente participó como madre gestante.¹⁶

Entre sus datos generales, se destaca que la entrevistada tiene 29 años de edad; con grado de estudios a nivel secundaria terminada.

La mujer entrevistada informó que una amiga la invitó a participar como madre gestante. En el caso de ella, solamente aportó su cuerpo para llevar el embarazo a término, porque el óvulo fue entregado por una donante externa, y por tanto, no aportó material genético; explicó que el procedimiento de inseminación fue con tres embriones, en el cual tuvo como resultado un embarazo gemelar.

El contrato de gestación sustituta se efectuó con una pareja homosexual conformada por dos hombres de origen extranjero, a los cuales nunca conoció ni con quienes tuvo contacto de ningún tipo.

Explicó también, la entrevistada, que el motivo principal por el cual decidió participar como gestante fue de tipo económico, en donde le pagaron la cantidad de \$150,000.00 (ciento cincuenta mil pesos 00/100 M.N.). Así también, informó que nunca tuvo contacto con los padres contratantes, solamente con la clínica, en donde nunca le explicaron sus derechos y obligaciones.

Cuando concluyó el embarazo, al momento del término de la cesárea, los doctores de la clínica entregaron directamente los bebés a los padres

¹⁶ Entrevista realizada en enero de 2018. Por solicitud de la entrevistada, se mantiene la confidencialidad de los datos personales que permitan identificarla.

contratantes. La entrevistada refirió que en la clínica les prohíben trabajar durante los 9 meses de embarazo, y que además, en caso de que no se lograra el embarazo o se abortara, ella debía de pagar el doble del monto que le pagaron.

Al término de la entrevista, la mujer concluye que fue una mala experiencia, y que no le quedaron ganas de volver a participar en este tipo de tratamientos. Como podemos observar, la mujer entrevistada contaba con un grado de estudios de nivel secundaria, y fue por motivos económicos que decidió participar como madre gestante; tal situación nos permite afirmar que aprovecharon la condición de vulnerabilidad en que se encontraba esta persona, y sin importarles la regulación del Código Civil de Tabasco, que sigue siendo, además de inconstitucional, discriminatoria y atenta contra la dignidad de las personas.

V. CONSECUENCIAS DE UNA MALA TÉCNICA LEGISLATIVA

El 2 de marzo de 2017, un diputado del Partido de la Revolución Democrática, en ese entonces el partido del gobernador en turno en Tabasco, presentó una iniciativa ante el Congreso del Estado para derogar los artículos incorporados en 2016 con motivo de la gestación subrogada.¹⁷ Si bien, el legislador tabasqueño consideraba que la solución era derogar la figura del Código Civil, cabe destacar que en ningún momento hizo referencia a los artículos que desde 1997 se encuentran vigentes; es decir, lo que realmente pretendía era que se eliminaran los artículos de 2016, obviando las recomendaciones realizadas por la ONU a través del Comité de los Derechos del Niño. La iniciativa presentada se turnó a comisiones, actualmente ya hay otra legislatura en Tabasco y dicha iniciativa no prosperó.

En febrero de 2017 se formuló una solicitud de información¹⁸ para “saber número de actas de nacimiento emitidas de hijos nacidos por maternidad subrogada durante los años 2013 a 2017”, negándose la misma, en virtud de que solamente se contaba con información genérica, sin distinción de los menores nacidos bajo este procedimiento médico.

En el mismo mes, el Gobierno de Tabasco emitió un comunicado de prensa local, informando que desde 1997 se habían emitido 119 actas

¹⁷ Al respecto, véase <https://congresotabasco.gob.mx/boletin/presentan-diputados-propuestas-en-materia-de-juventud-maternidad-subrogada-cfe-e-integracion-de-cabildos/>.

¹⁸ Solicitud de información, con folio infomex 00258617.

de nacimiento de hijos nacidos mediante la técnica de maternidad subrogada.¹⁹

A finales de 2016 y principios de 2017 surgieron diversos casos en los que se negó la expedición de actas de nacimiento, bajo el argumento de que no cumplían con los requisitos que establece el artículo 380 bis 5 del Código Civil de Tabasco, sin embargo, no se tomó en consideración que el Registro Civil tiene prohibido hacer inquisición directa o indirecta sobre la paternidad, puesto que en el acta se asentará lo que manifiesten las personas que presenten al niño.²⁰

En agosto de 2018, el Registro Civil responde a través de otra solicitud de información,²¹ que en virtud de que no tiene el carácter de parte en los acuerdos o contratos celebrados entre particulares, no puede obligar a los notarios a que le informen, por tanto no cuenta con un registro del número de nacimientos por gestación sustituta o subrogada. Además reiteró en la respuesta que no tiene un número de actas de nacimiento expedidas por menores nacidos bajo gestación subrogada, entregando el número total de nacimientos registrados en Tabasco durante los años 2012 a 2018, información que lejos de aclarar confunde más a quién la solicita.

VI. JUDICIALIZACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Ante la falta de voluntad política para que pueda contarse con una regulación adecuada acerca del uso de las técnicas de reproducción asistida, entre las que se encuentra la gestación sustituta y subrogada, se empezó a judicializar el derecho reproductivo²² de las personas que deseaban ser padres a partir de este procedimiento médico.

¹⁹ Al respecto, véase Cantoral Domínguez, Karla, “Maternidad subrogada en el derecho comparado”, en Pérez Fuentes, Gisela María *et al.*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 97-128.

²⁰ El artículo 101 del Código Civil de Tabasco establece: “Se prohíbe al Oficial del Registro Civil y a los testigos que conforme al artículo 69 deben asistir al acto, hacer inquisición directa o indirecta sobre la paternidad. En el acta sólo se asentará lo que manifiesten las personas que presenten al niño, aunque parezcan sospechosas de falsedad, sin perjuicio de que éstas sean castigadas conforme a las prescripciones del código penal”.

²¹ Solicitud de información, con folio infomex 00972718.

²² Al respecto, véase la tesis 1a. LXXVI/2018, DERECHO A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA. FORMA PARTE DEL DERECHO A DECIDIR DE MANERA LIBRE, RESPONSABLE E INFORMADA, SOBRE EL NÚMERO Y EL ESPACIAMIENTO DE SUS HIJOS, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 4O. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, junio de 2018, p. 957.

Por su importancia y trascendencia, me permito comentar el siguiente caso: un hombre de origen extranjero, por su propio derecho y en representación de su menor hija, acudió a los tribunales federales para promover juicio de amparo en contra de las autoridades del estado de Tabasco, así como de la Ciudad de México.²³ En dicho expediente, se ordenó declinar la competencia a un juzgado federal en Tabasco para que resolviera sobre los actos reclamados a las autoridades de esa entidad; por cuanto a los actos que se reclamaban a las autoridades de la Ciudad de México, se tuvo por desechada la demanda.

El acto reclamado por el demandante consistía en la inconstitucionalidad de los artículos 380 bis y subsecuentes; la orden de separación de su menor hija; la negativa a la expedición del acta de nacimiento el 16 de diciembre de 2016; el desconocimiento de la paternidad respecto de su menor hija, y el aseguramiento, por parte del Gobierno de Tabasco, de la menor.²⁴

En este asunto, el contrato de gestación sustituta fue celebrado el 15 de diciembre de 2015, sin embargo, la transferencia embrionaria se realizó hasta el 7 de abril de 2016, cuando ya se había reformado el Código Civil en enero de 2016. El nacimiento de la menor se verificó hasta el 3 de diciembre de 2016.

En la sentencia de 28 de abril de 2017, se consideró que el Registro Civil de Tabasco realizó una aplicación retroactiva de la ley contraria al artículo 14 constitucional, dado que la legislación aplicable era la que se encontraba vigente al momento de la celebración del contrato de gestación sustituta. De igual forma, se estimó que el procedimiento de transferencia embrionaria era consecuencia del hecho consumado, es decir, del contrato celebrado en diciembre de 2015; por tales motivos, se concedió el amparo respecto al acto de aplicación, y no procedió el examen de los conceptos de violación relacionados con la inconstitucionalidad de los artículos del Código Civil que regulan la gestación subrogada. Así también, se ordenó al Registro Civil acordar la solicitud de registro a favor de la menor.

El 12 de julio de 2017, se declaró ejecutoriada la sentencia del juez 2o. de Distrito, y se requirió su cumplimiento al Registro Civil de Tabasco; así las cosas, el 25 de julio de 2017, se tuvo por recibido el informe del Registro Civil en el que se dejó insubsistente la negativa de diciembre de 2016, así también se informó al padre de la menor que debía constituirse personalmente ante el Registro Civil para concluir los trámites administrativos para la obtención del acta de nacimiento de la niña.

²³ Juicio de amparo 18/2017, radicado en el Juzgado Décimo Cuarto de Distrito en Materia Civil de la Ciudad de México.

²⁴ Juicio de amparo 53/2017, radicado en el Juzgado Segundo de Distrito de Tabasco.

La defensa del actor informó al juez que sus clientes habían salido huyendo del país ante la persecución que emprendió el Gobierno de Tabasco al negar los registros de los niños nacidos por gestación sustituta, y tenían miedo de regresar a aquel estado. El 11 de septiembre de 2017, el juez declaró la imposibilidad material y jurídica de cumplir totalmente con la sentencia, toda vez que el quejoso no se presentó a concluir los trámites administrativos.

El demandante promovió un incidente de inejecución de sentencia civil 13/2017, por el que el Tribunal Colegiado en Materia Civil emitió su resolución el 12 de febrero de 2018, en la que declaró que existe imposibilidad jurídica para dar cumplimiento a la ejecutoria de amparo. En el mismo sentido, se declaró improcedente la inconformidad 10/2018 que promovió el padre de la menor, con fecha 12 de julio de 2018. Posteriormente, solicitó a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que reasumieran su competencia y se pronunciaran respecto al exceso que implicaba que se trasladara de nuevo a Tabasco para la expedición del acta de nacimiento de su menor hija y que atentaba contra su derecho a la identidad, sin embargo dicha solicitud no prosperó y se archivó el expediente.

Al judicializarse la situación de los hijos nacidos bajo técnicas de reproducción asistida, será el juez quien deba resolver con base en el interés superior del menor, sobre las consecuencias jurídicas que surgen por quienes se someten a esos tratamientos; así como el impacto que se produce en los hijos nacidos bajo esas técnicas, incluso para determinar su filiación.²⁵

Como podemos observar, en este caso se negó el derecho a la identidad de la menor nacida bajo gestación sustituta, además el padre de la menor tuvo que salir de México, sin contar con el acta de nacimiento de su hija, por el temor de que las autoridades de Tabasco los separaran y no pudiera tener más contacto con la niña; no obstante, a pesar del amparo concedido en su favor, al negarse a acudir personalmente a realizar los trámites para la expedición del acta de nacimiento, se decretó la imposibilidad material y jurídica para cumplir con la sentencia.

VII. SITUACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL SURESTE DE MÉXICO

A partir de la reforma de 2016 disminuyó el número de casos presentados para ratificación y aprobación de convenios de gestación sustituta y subro-

²⁵ Tesis 1a. LXXVII/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, junio de 2018, p. 955.

gada ante los juzgados familiares del estado de Tabasco. Durante el periodo 2016-2018, se tramitaron en Villahermosa alrededor de 10 a 15 asuntos de gestación sustituta.²⁶

Con relación a la legitimación procesal para solicitar en la vía judicial no contenciosa la aprobación del contrato de gestación sustituta, encontramos que la solicitud es promovida por los “padres biológicos”, así como por la “madre gestante” y su esposo o concubino, toda vez que el Código Civil de Tabasco establece en su artículo 380 bis 3, que tales personas son las que deberán firmar el contrato.

Entre los documentos que se adjuntan a la solicitud inicial, se encuentran la copia certificada del acta de matrimonio de los padres biológicos, así como la copia certificada del acta de matrimonio de la madre gestante y su esposo; las copias certificadas de las actas de nacimiento de los promoventes; licencia sanitaria expedida por la Secretaría de Salud en relación a la clínica autorizada para llevar a cabo este tipo de procedimientos médicos; escritura pública en la que se hace constar el contrato de gestación sustituta suscrito ante notario público; y el certificado médico en el que se acredita la imposibilidad física o contraindicación médica de la madre contratante para llevar la gestación en su útero.

Cabe destacar que en la mayoría de los casos que se revisaron, se advierte que el grado de estudios de la madre gestante es de nivel secundaria. En algunas de las resoluciones judiciales dictadas en los juzgados familiares del estado de Tabasco, se toman en cuenta, como elementos indispensables: el interés superior del menor, los derechos reproductivos de los participantes, el orden público, el reconocimiento del vínculo de filiación, se analizan los elementos esenciales del acto jurídico, así también se valora la renuncia de la madre gestante a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido.

Una vez que se aprueba el contrato de maternidad sustituta, se reconoce el vínculo de filiación entre los padres contratantes y el feto que lleva en su vientre la mujer gestante, y en dicha resolución se ordena informar a la Secretaría de Salud de Tabasco y al Registro Civil para que se pueda continuar con los trámites correspondientes.

Es interesante que en los contratos celebrados después de las reformas de 2016, y que son realizados ante la fe de un notario público, se siguen encontrando cláusulas en las que se prevé que la madre gestante podrá recibir de la madre contratante algún tipo de donación en numerario o especie

²⁶ Al respecto, véase respuesta a la solicitud de información 040/2019, en el portal de transparencia del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco, disponible en <http://tsj-tabasco.gob.mx/transparencia/1279/Solicitudes-de-informacion/>.

como compensación por la ayuda que le presta, así también se pacta una ayuda mensual para los alimentos de la mujer gestante durante el tiempo que dure el embarazo; también se pacta la contratación de un seguro de gastos médicos para la mujer gestante durante el tiempo del embarazo y puerperio. Debe tenerse cuidado con la celebración de este tipo de contratos, porque pareciera que a pesar de las recomendaciones que ha hecho la ONU a través del Comité de los Derechos del Niño, se sigue encontrando un tipo de trata de personas, así como una especie de alquiler de vientres, en donde las mujeres que participan como gestantes cuentan con estudios hasta de secundaria y tienen una situación económica difícil, en la que encuentran la realización de estas técnicas de reproducción asistida como un área de oportunidad para hacer un patrimonio de tipo económico.

Por otra parte, se advierte que, previo a la suscripción de este tipo de contratos, se realiza un dictamen médico para determinar que la mujer que participará como madre gestante es candidata para participar en un proceso de subrogación gestacional; se anexan al contrato también el certificado médico de infertilidad de la madre contratante y la constancia médica de no embarazo de la gestante; el aviso correspondiente que debe otorgarse a la Secretaría de Salud y a la Dirección del Registro Civil del Estado de Tabasco, y el convenio de recepción de células germinales.

En el caso de la gestación subrogada, se coincide con la doctora Nuria González cuando afirma que es urgente el establecimiento de elementos mínimos para un acuerdo en este tema que en México sea compatible con los derechos humanos, en el que la prioridad sea salvaguardar el interés superior del menor y protegerlo internacional e integralmente; que además se puedan proteger los derechos de la mujer gestante, salud y consentimiento, que no haya requisitos discriminatorios en relación con el acceso; conflictos de intereses con personas que dan servicios de diferente tipo.²⁷

De ahí que, como sostiene la doctora Gisela Pérez Fuentes:

La maternidad subrogada no puede regularse mediante un contrato, toda vez que el contrato es el resultado de un orden jurídico y social que se apoya en el poder de la voluntad privada, en la propiedad y en la certeza del comportamiento ético de las partes, lo que atenta contra el propósito por el que se crearon las técnicas de reproducción asistida, esto es para resolver problemas de esterilidad y/o infertilidad. La maternidad subrogada es un hecho jurídico complejo que debe ser amparado a través de un acto jurídico normativo,

²⁷ González Martín, Nuria, sección Bibliografía: “La maternidad subrogada”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 151, enero-abril de 2018, pp. 415-422.

mediante el cual se establezcan las condiciones que determinen la modalidad de estos actos y su licitud, de forma que no queden al libre albedrío de las partes.²⁸

De esta forma, aquellas personas que deseen tener hijos bajo la técnica de gestación subrogada, deben sujetarse a las reglas que establezca el Estado, a través de la Secretaría de Salud, para la celebración del acto jurídico normativo, y no mediante un contrato.

No se pueden obviar los avances científicos en el derecho, es una realidad que prohibir la gestación por sustitución no es la solución, por lo tanto, debe reconocerse en la disciplina que pertenece con carácter interdisciplinario, es decir en el ámbito del “Derecho a la salud”. Por tal motivo, es imprescindible la participación de los comités hospitalarios de bioética, toda vez que, por su carácter interdisciplinario, evitarían la participación de intermediarios en el proceso, así como cualquier intento de comercialización, lo que garantizaría el carácter altruista de quienes participen en este procedimiento médico.

Otro aspecto al que nos enfrentamos en la actualidad, es que debido a la falta de homogeneidad en la legislación mexicana con relación al uso de las técnicas de reproducción asistida, y al darle intervención a los jueces para pronunciarse ante la serie de casos controvertidos que se han presentado en los últimos años, se determinó que 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.²⁹

²⁸ Pérez Fuentes, Gisela María, “Repensando el derecho civil: la maternidad subrogada como un hecho jurídico complejo”, en *id. et al.*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, p. 176.

²⁹ Tesis 1a. LXXXVIII/2019, FILIACIÓN DE UN MENOR DE EDAD NACIDO BAJO LA TÉCNICA DE MATERNIDAD SUBROGADA. ES DEBER DEL JUEZ ESTABLECERLA, AUN ANTE

Este criterio surgió como consecuencia de un caso suscitado en el estado de Yucatán, en donde el Poder Judicial de la Federación reconoció el derecho de una pareja homosexual a convertirse en padres a través de la gestación subrogada.³⁰ Al no existir legislación en la materia en el estado de Yucatán, en marzo de 2016 el Registro Civil de Yucatán le negó a un matrimonio homosexual de varones la expedición del acta de nacimiento de su menor hijo nacido a través de este procedimiento médico.

La pareja homosexual suscribió un acta compromiso con una mujer, para que ésta se sometiera a tratamiento médico de fertilización asistida (*in vitro*), resultante del espermatozoides de uno de los cónyuges, y el óvulo de una donante anónima, de lo cual nació el 4 de febrero de 2016 el niño que fue llevado para su registro de nacimiento.

En la resolución del 20 de junio de 2016, el juez de Distrito les negó el amparo, pero lo concedió a favor del menor para el efecto de que fuera registrado con un nombre de pila, sin reconocer la filiación con los solicitantes y para efecto de que la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia del Estado de Yucatán realizara las acciones legales necesarias para establecer la filiación del menor; al estar inconformes, los demandantes interpusieron recurso de revisión y solicitaron que la SCJN ejerciera su facultad de atracción.

La SCJN concedió el amparo para que el menor fuera registrado como hijo de los demandantes, para garantizar la vigencia del derecho del niño a tener una identidad, así como el derecho de los demandantes a su vida privada y procrear mediante las técnicas de reproducción asistida.

En la sentencia se sostuvo que el derecho a convertirse en padre o madre se entiende dado a toda persona, sin distinción en cuanto a preferencia sexual, tal como se prescribe en el artículo 1o. de la Constitución y el 1o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por tanto debe reconocerse el derecho a las parejas homosexuales para acceder a los adelantos de la ciencia en materia de reproducción asistida, y a convertirse en padres o madres a través de esos métodos. Así también, en la sentencia se estableció que fue determinante la voluntad procreacional expresada por la pareja homosexual, y el consentimiento de la madre gestante en cuanto a no reclamar derechos y aceptar que sean el progenitor biológico y su pareja,

LA AUSENCIA DE REGULACIÓN ESPECÍFICA, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 11 de octubre de 2019.

³⁰ Al respecto, véase amparo en revisión 53/2017, resuelto el 21 de noviembre de 2018 por la Primera Sala de la SCJN.

quienes funjan como padres del menor, y en consecuencia asuman todas las consecuencias derivadas de la filiación.

La Primera Sala consideró que las pruebas rendidas y recabadas creaban la suficiente certeza de que el niño presentado por los quejosos para su registro nació de la aplicación de la técnica de maternidad subrogada, en que uno de ellos aportó el material genético, por lo que hay un lazo de consanguinidad con él, así en consideración al interés superior del menor se estableció la filiación respecto del matrimonio conformado por dos hombres, toda vez que el menor requiere para su adecuado desarrollo contar con todos los derechos prestacionales derivados de la filiación, como son los alimentos, sucesorios, recibir cuidados, educación y afecto, por lo que se ordenó a la Dirección del Registro Civil de Yucatán que expidiera el acta de nacimiento del menor, registrándolo con los apellidos de los quejosos y que estableciera como padres a ambos, y como abuelos a los padres de cada uno de ellos.

Este caso sentó el precedente para reconocer el derecho de las parejas homosexuales para tener hijos a través del uso de las técnicas de reproducción asistida en México;³¹ sin embargo, los operadores jurídicos deben ponderar todos los elementos presentes, prevaleciendo siempre el interés superior del menor, para garantizar su derecho a la identidad, y las consecuencias jurídicas que nacen del establecimiento de su filiación con relación a sus padres.

En el derecho comparado, como ha expresado la profesora Susana Quicios, en España la gestación por sustitución no puede resolverse a través de un contrato. Así mismo, tampoco se resuelve con base en la determinación de la filiación, pues el título que sirve para esto es un contrato cuya eficacia depende de que se cumpla o no. Además, la regulación de la gestación por sustitución no supone la solución, pues la salida de españoles hacia otros Estados que la permiten, en condiciones menos exigentes, conlleva enfrentar el problema del posible reconocimiento de estos menores como hijos de estos nacionales en su país de origen.³²

Debemos tomar en cuenta el trabajo que se está realizando a nivel internacional, con el fin de proteger los derechos de las personas que intervienen en el proceso de gestación subrogada, como lo ha hecho la Conferencia

³¹ Tesis 1a. LXXXVII/2019, DERECHO A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA. LO TIENEN LAS PAREJAS DE MATRIMONIOS HOMOSEXUALES, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 11 de octubre de 2019.

³² Quicios Molina, Susana, “Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Reus, núm. 1, enero-febrero de 2019, pp. 3-46.

de la Haya de Derecho Internacional Privado, en donde a través de un comité de expertos ha realizado diversos estudios e investigaciones sobre el tema; incluso, en la última reunión realizada a inicios de 2019,³³ se coincide en que deben tomarse en cuenta el interés superior del menor y los derechos humanos de todas las partes interesadas, así como la necesidad de dar certeza jurídica de la paternidad en el ámbito internacional, por lo que se recomendó trabajar en la redacción de un instrumento multilateral vinculante sobre el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras, en cuanto a los derechos de paternidad, que permita resolver la problemática que existe en torno a la gestación por sustitución.

VIII. CONCLUSIONES

Una vez analizados los efectos jurídicos, culturales, políticos y sociales de la gestación subrogada en el estado de Tabasco, podemos afirmar que la regulación vigente sobre gestación subrogada en el Código Civil es inconstitucional, discriminatoria y atenta contra la dignidad de las personas, porque si bien se continúan celebrando contratos conforme a lo que establece la normatividad, bajo la apariencia del buen derecho, cumplen en cuanto a forma, no así en cuanto al fondo, toda vez que las mujeres que participan como gestantes cuentan con un nivel educativo mínimo y lo hacen con el objetivo de obtener un beneficio económico.

Las cláusulas que se establecen en los contratos de gestación por sustitución están sujetas a la autonomía de la voluntad de las partes, en las que personas que desean ser padres, celebran contratos con mujeres, aprovechándose de su vulnerabilidad social, cultural y económica, lo que ha propiciado prácticas abusivas que atentan contra la dignidad de la persona en la era de los derechos humanos, como es la venta de un niño.

Además, es inconstitucional y discriminatoria porque se limita a ciudadanos mexicanos; se restringe a que la mujer que posee la incapacidad para la gestación y que desee acceder al uso de este procedimiento médico, debe tener entre 25 y 40 años de edad; la filiación se sigue remitiendo a las reglas de la adopción plena, lo que genera incertidumbre jurídica; es omisa en cuanto al altruismo que debe regir respecto a las personas que intervienen en esta técnica de reproducción asistida, y no se precisa de forma clara la posibilidad de que personas y/o parejas homosexuales puedan acceder o no al uso de este procedimiento médico.

³³ Al respecto, véase <https://assets.hcch.net/docs/55032fc1-bec1-476b-8933-865d6ce106c2.pdf>.

Los aspectos antes mencionados se han judicializado a través de diversas acciones de inconstitucionalidad, juicios de amparo y recursos de revisión, sin embargo, después de tres años de litigio, todavía no existe una posición definida al respecto.

La gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida se resuelve a través de su reconocimiento como un acto jurídico normativo, mediante el cual se establezcan las condiciones que determinen la modalidad de estos actos y su licitud, de forma que no quede sujeto a la autonomía de la voluntad de las partes, como se hace actualmente a través de la celebración de un contrato.

Para llevar a cabo este acto jurídico normativo, se requiere adoptar un modelo interdisciplinario, en el que los acuerdos de gestación por sustitución se autoricen a través de la Secretaría de Salud, y se garanticen los derechos de todas las personas que intervienen en este procedimiento médico.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla, “Maternidad subrogada en el derecho comparado”, en PÉREZ FUENTES, Gisela María *et al.*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, sección Bibliografía: “La maternidad subrogada”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 151, enero-abril de 2018.
- OMS, *Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA)*, rev. y prep. por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology y la Organización Mundial de la Salud, trad. y publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, 2010.
- ONU, Observaciones Finales sobre los Informes Periódicos Cuarto y Quinto Consolidados de México, Comité de los Derechos del Niño, 2015, disponible en https://www.unicef.org/mexico/spanish/CRC_C_MEX_CO_4-5.pdf.
- PÉREZ FUENTES, Gisela María, “Repensando el derecho civil: la maternidad subrogada como un hecho jurídico complejo”, en *id. et al.*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017.
- QUICIOS MOLINA, Susana, “Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Reus, núm. 1, enero-febrero de 2019.

1. *Legislación*

Código Civil de Tabasco, *Periódico Oficial del Estado*, 9 de abril de 1997. Última reforma publicada el 18 de mayo de 2019.

Código Familiar del Estado de Sinaloa, *Periódico Oficial*, 6 de febrero de 2013. Última reforma publicada el 21 de febrero de 2018.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de febrero de 1917. Última reforma publicada el 9 de agosto de 2019.

2. *Jurisprudencia nacional e internacional*

Acción de inconstitucionalidad 16/2016, SCJN.

Amparo en revisión 53/2017, resuelto el 21 de noviembre de 2018 por la Primera Sala de la SCJN.

Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012.

Juicio de amparo 18/2017, radicado en el Juzgado Décimo Cuarto de Distrito en Materia Civil de la Ciudad de México.

Juicio de amparo 395/2019, radicado ante el juez séptimo de Distrito en Tabasco.

Juicio de amparo 53/2017, radicado en el Juzgado Segundo de Distrito de Tabasco.

Tesis 1a. LXXVI/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, junio de 2018, p. 957.

Tesis 1a. LXXVII/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, junio de 2018, p. 955.

Tesis 1a. LXXXVII/2019, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 11 de octubre de 2019.

Tesis 1a. LXXXVIII/2019, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 11 de octubre de 2019.