



UNIVERSIDAD JUÁREZ AUTÓNOMA DE TABASCO

“ESTUDIO EN LA DUDA, ACCIÓN EN LA FE”

**DIVISIÓN ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES Y
HUMANIDADES**

“EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO”

**TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN ESTUDIOS
JURÍDICOS**

PRESENTA

MARGARITA DEL CARMEN RODRÍGUEZ COLLADO

DIRECTORA DE TESIS

DRA. GISELA MARÍA PÉREZ FUENTES

VILLAHERMOSA, TABASCO; MARZO DE 2016.



**UNIVERSIDAD JUÁREZ
AUTÓNOMA DE TABASCO**

“ESTUDIO EN LA DUDA. ACCIÓN EN LA FE”



**DIVISIÓN ACADÉMICA
DE CIENCIAS
SOCIALES Y
HUMANIDADES**

“EXCELENCIA ACADÉMICA. HUMANA Y EMPRENDEDORA”

Oficio No. 1121/16/CP
Villahermosa, Tabasco a 16 de marzo de 2016
Asunto: Autorización de Impresión de tesis

Lic. Margarita del Carmen Rodríguez Collado
Egresada de la Maestría en Estudios Jurídicos
Presente.

Con fundamento en el artículo 71 del Reglamento General de Estudios de Posgrado vigente y en atención a la tesis titulada “*El interés superior del menor y la maternidad subrogada en el sistema Jurídico Mexicano*”, para obtener el grado de la Maestría en Estudios Jurídicos la cual ha sido revisada y aprobada por su Directora la **Dra. Gisela María Pérez Fuentes** y la Codirectora la **Dra. Karla Cantoral Domínguez** y la Comisión Revisora, me permito comunicar a usted que se **autoriza la impresión de la misma**, a efecto de que esté en posibilidad de presentar el examen respectivo.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para enviarle un cordial saludo.

Atentamente


Lenin Méndez Paz
Director

D.A.C.S.y.H.



DIRECCIÓN

C.c.p. Archivo.
Dr/RTS/mmm

Miembro CUMEX desde 2008
**Consortio de
Universidades
Mexicanas**
UNIVERSIDAD JUÁREZ AUTÓNOMA DE TABASCO

Prolongación Paseo Usumacinta S/N Boulevard Bicentenario.
Ranchería González 1ra Sección, Centro Tabasco.
Tel. (993) 358.15.00 Ext. 6506
Correo: posgrado.dacsyh@ujat.mx

www.ujat.mx
dacsyh_bicentenario@hotmail.com / [twitter@DACSyH1](https://twitter.com/DACSyH1) / www.youtube.com/ujat.mx



**UNIVERSIDAD JUÁREZ
AUTÓNOMA DE TABASCO**

“ESTUDIO EN LA DUDA. ACCIÓN EN LA FE”



**DIVISIÓN ACADÉMICA
DE CIENCIAS
SOCIALES Y
HUMANIDADES**

“EXCELENCIA ACADÉMICA, HUMANA Y EMPRENDEDORA”

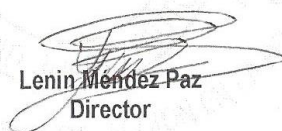
Oficio No. 1122/16/CP
Villahermosa, Tabasco a 16 de marzo de 2016
Asunto: Modalidad de Tesis

**Lic. Margarita del Carmen Rodríguez Collado
Egresada de la Maestría en Estudios Jurídicos
Presente.**

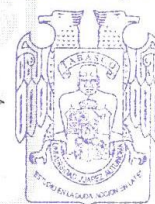
En atención a su solicitud de autorización de modalidad de titulación, me permito comunicarle que con fundamento en el artículo 71 del Reglamento General de Estudios de Posgrado vigente se aprueba que pueda titularse mediante la **modalidad de tesis** con el trabajo recepcional **“El interés superior del menor y la maternidad subrogada en el sistema Jurídico Mexicano”**, para obtener el grado de la Maestría en Estudios Jurídicos.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para enviarle un cordial saludo.

Atentamente


Lenin Méndez Paz
Director

D.A.C.S.y.H.



DIRECCIÓN

C.c.p. Archivo.
Dr'RTS/mmm



Miembro CUMEX desde 2008
**Consortio de
Universidades
Mexicanas**
UNA ALIADA DE CALIDAD PARA LA EDUCACIÓN SUPERIOR

Prolongación Paseo Usumacinta S/N Boulevard Bicentenario.
Rancharía González 1ra Sección, Centro Tabasco.
Tel. (993) 358.15.00 Ext. 6506
Correo: posgrado.dacsyh@ujat.mx

www.ujat.mx
dacsyh_bicentenario@hotmail.com / [twitter@DACSyH1](https://twitter.com/DACSyH1) / www.youtube.com/ujat.mx

CARTA DE AUTORIZACIÓN

La que suscribe, **MARGARITA DEL CARMEN RODRÍGUEZ COLLADO** autoriza por medio del presente escrito a la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco para que utilice tanto física como digitalmente la tesis de grado denominada, “**EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO**”, siempre que su uso sea únicamente para difusión, educación y sin fines de lucro; autorización que se hace de manera limitativa con respecto a la Red Abierta de Bibliotecas Digitales (RABID) y a cualquier otra red académica con las que la Universidad tenga relación institucional.

En lo concerniente a cualquier otro uso, deformación o manipulación de mi tesis, niego absolutamente autorización para ello, pidiendo el respeto absoluto al contenido de mi trabajo ***por ser titular de los derechos morales*** de mi obra, mismos que son de carácter inalienables, imprescriptibles, irrenunciables e inembargables, según lo establece el artículo 19 y 21.III, de la Ley Federal del Derecho de Autor vigente en México.

Se firma la presente autorización en la Ciudad de Villahermosa, Tabasco a los dieciséis días del mes de marzo del año 2016.

AUTORIZA

C. MARGARITA DEL CARMEN RODRÍGUEZ COLLADO
Tesisista

AGRADECIMIENTOS

Al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) mi sincero agradecimiento por haberme dado la oportunidad para realizar mi trabajo de investigación.

A la Dra. Gisela María Pérez Fuentes por ser mi mentora, guía y líder en mi proceso de formación académica. Gracias por su cariño y por compartirme sus conocimientos.

A la Dra. Karla Cantoral Domínguez por motivarme e impulsarme a siempre seguir aprendiendo y a ser una persona disciplinada y dedicada para alcanzar mis metas y objetivos en mi vida. Gracias por su cariño y afecto.

A mi tutora la maestra Eglá Cornelio Landero quien me brindó su apoyo y conocimientos para la realización de mi investigación.

A todos los profesores que me brindaron sus conocimientos, guía y apoyo a lo largo de mi formación académica.

A mi mamá Margarita por darme al mejor papá del mundo y enseñarme a ser una persona fuerte con principios y valores.

A mi mamá Luz y papá Ramiro por ser unos abuelitos consentidores y amorosos.

A mi tío José Guadalupe Rodríguez Bonfil y a mi tía Pili por enseñarme con su ejemplo el valor de estudiar y aprender, y por brindarme en todo momento su apoyo incondicional.

A mis primas Lis, Ale y Pao, por haberme apoyado, haciéndome sentir como su hermana y haber estado junto a mí durante esta difícil etapa de mi carrera.

A Joselyn Janeth López Capetillo por ser mi eterna compañera, cómplice y amiga.

A mis mejores amigas por haberme apoyado todo este tiempo y por enseñarme el verdadero valor de la amistad.

A todas y cada una de las personas que me ayudaron en los momentos más apremiantes de mi carrera.

DEDICATORIA

A Dios

A mis padres

Juana María Collado García y Miguel Ángel Rodríguez Bonfil

Por enseñarme el valor del estudio y la disciplina para lograr mis metas, pero sobre todo por su amor, dedicación y sacrificio para que lograra mis sueños. Son y serán siempre lo mejor de mi vida.

A mis hermanos

Miguel Ángel para que le sirva de ejemplo y estímulo para alcanzar con esfuerzo y dedicación sus tan anhelados sueños de superación profesional.

Primitivo para que en sus momentos de lucidez sepa que es el motor que me impulsa a ser mejor cada día de mi vida y que le agradezco a Dios por enviármelo para recordarme siempre, que nunca debo salir de la burbuja de la niñez y de la inocencia.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	10
CAPITULO PRIMERO. DISEÑO METODOLÓGICO	13
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	13
1. <i>Objetivo general</i>	17
2. <i>Objetivos específicos</i>	17
II. JUSTIFICACIÓN DEL PROYECTO.....	18
III. HIPÓTESIS.....	19
1. <i>Variables:</i>	19
IV. MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL.....	20
1. <i>La Familia</i>	20
2. <i>El interés superior del menor</i>	21
3. <i>La dignidad humana</i>	22
4. <i>El derecho a la vida</i>	22
5. <i>Técnicas de reproducción asistida</i>	23
6. <i>Maternidad por subrogación</i>	23
7. <i>Contrato de maternidad subrogada</i>	24
V. METODOLOGÍA.....	25
CAPÍTULO SEGUNDO. DERECHO CIVIL Y DERECHO DE FAMILIA: DISCIPLINAS UNIDAS POR LA PERSONA Y DISTINGUIDAS POR EL INTERÉS PÚBLICO.	27
I. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL.....	27
II. MARCO JURÍDICO DE LA FAMILIA.....	28
1. <i>Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos</i>	28
2. <i>Instrumentos Jurídicos Internacionales</i>	30
III. DEFINICIÓN DE FAMILIA.....	32
IV. NUEVAS FORMAS DE FAMILIA.....	37
V. UNA VISIÓN POSMODERNISTA DE LA INSTITUCIÓN DE LA FAMILIA.....	39
VI. CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES.....	42
1. <i>Derechos de la personalidad</i>	42
2. <i>El Nasciturus</i>	45
VII. DERECHO CIVIL Y DERECHO DE FAMILIA.....	47
1. <i>Derecho Civil</i>	47
2. <i>Derecho de Familia</i>	50

CAPÍTULO TERCERO. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: CONCEPTUALIZACIÓN Y PROTECCIÓN EN LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.	59
I. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.....	59
II- DERECHOS FUNDAMENTALES INTERVINIENTES EN EL PROCESO DE MATERNIDAD SUBROGADA.....	62
1. <i>Derecho a la Vida</i>	62
2. <i>Derecho a la libertad de procreación</i>	63
3. <i>Dignidad Humana</i>	64
III. CONCEPTO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	67
IV. LA FILIACIÓN	87
V. MODOS DE FILIACIÓN EN LA MATERNIDAD SUBROGADA.....	92
VI. ALCANCES INTERNACIONALES DE LA CONCEPCIÓN DEL NIÑO BAJO LA MODALIDAD DE MATERNIDAD SUBROGADA.	94
CAPÍTULO CUARTO.LA MATERNIDAD SUBROGADA UN PROCEDIMIENTO MÉDICO CON EFECTOS JURÍDICOS.	97
I.- CAUSAS QUE MOTIVAN LA UTILIZACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.....	97
II. LA INFERTILIDAD Y LA ESTERILIDAD: COMO CAUSAS DEL NACIMIENTO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA. (TRA).....	98
III.- LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....	101
IV.- DEFINICIÓN DE MATERNIDAD SUBROGADA.....	107
V. MODALIDADES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA	111
VI.- PROBLEMAS MORALES, JURÍDICOS Y SOCIALES CONSECUENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE MATERNIDAD SUBROGADA.	115
1. <i>Mercantilización del ser humano</i>	115
2. <i>Trata de personas</i>	119
3.-Turismo reproductivo.....	121
CAPÍTULO QUINTO.PROCEDIMIENTO DE MATERNIDAD SUBROGADA: ANÁLISIS LEGISLATIVO Y PROPUESTAS.....	123
I. REGULACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE MATERNIDAD SUBROGADA EN MÉXICO.....	123
II. INSTRUMENTO JURÍDICO DE MATERNIDAD SUBROGADA	133
1. <i>Diferencia entre convenio y contrato</i>	133
2. <i>Elementos esenciales del contrato</i>	134

III.- FORMALIDADES NECESARIAS DEL INSTRUMENTO JURÍDICO DE MATERNIDAD SUBROGADA PARA GARANTIZAR LA PROTECCIÓN DEL MENOR.	139
IV.- EL PROCEDIMIENTO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN OTROS PAÍSES. ..	146
V. VALORACIÓN DE PROPUESTAS LEGISLATIVAS EN EL ESTADO DE TABASCO	152
VI. ENTREVISTAS REALIZADAS A FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....	164
CONCLUSIONES.....	174
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	177

INTRODUCCIÓN

Aunque las técnicas de reproducción humana asistida surgieron en los años 70 en la actualidad existen diversas problemáticas sociales derivadas de su implementación, debido a que por medio de ellas se genera vida humana, en la presente investigación se analiza “la gestación por sustitución”, comúnmente denominada maternidad subrogada, técnica de reproducción humana asistida por la cual una mujer se compromete a gestar un bebe para que otra u otras personas puedan ser padres.

La realización del procedimiento de maternidad subrogada plantea diversos cuestionamientos, jurídicos, éticos y morales, sobre todo cuando se permite y regula de forma deficiente como es el caso del Estado de Tabasco, donde a raíz de la vaga y ambigua regulación establecida en el Código Civil para el Estado de Tabasco, se han producido diversos problemas que afectan a toda la sociedad, como son el turismo reproductivo, la mercantilización del ser humano, la instrumentalización de la mujer, hasta en algunos casos ubicarse en el supuesto de trata de personas con fines reproductivos, permitiendo con ello la violación de los Derechos Humanos y dignidad humana de los sujetos intervinientes, atentando principalmente contra el principio del interés superior del menor, teniendo en consideración que es el niño nacido mediante este procedimiento el sujeto con mayor grado de vulnerabilidad, aunado a ello derivado de su práctica se plantean diversas cuestiones como las siguientes ¿es la vida un bien disponible? ¿la vida puede ser materia de comercio? entre otras interrogantes, es por ello que el objetivo general de la presente investigación es el siguiente: analizar el principio del interés superior del menor y las características que reviste el procedimiento de maternidad subrogada en el Sistema Jurídico Mexicano, para valorar qué protección se le otorga al niño nacido bajo esta técnica de reproducción asistida.

Se plantea la siguiente hipótesis:

Las características que reviste la maternidad subrogada prevista en el Sistema Jurídico Mexicano especialmente en el Código Civil para el Estado de

Tabasco por ambigüedad y vaguedad dejan en un estado de indefensión al menor nacido bajo esta técnica, por lo que es necesario proponer los principios de este procedimiento.

El primer capítulo del presente trabajo de investigación se titula “diseño de la investigación” en el cual se plantea el problema de la investigación, los objetivos generales y específicos, la hipótesis, las variables, el marco teórico-conceptual y la metodología empleada para el desarrollo de la investigación.

En el segundo capítulo denominado “Derecho Civil y Derecho de Familia disciplinas unidas por la persona y distinguidas por el interés público”, se estudian los elementos del Derecho civil y del Derecho de Familia, sus instituciones, los sujetos intervinientes, para así poder determinar si deben ser consideradas disciplinas autónomas.

En el tercer capítulo denominado “el principio del interés superior del menor: conceptualización y protección en la teoría de los Derechos Fundamentales”, se determina que debemos entender por interés superior del menor según instrumentos jurídicos internacionales y los criterios establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se analizan los Códigos Familiares y Civiles de la República, para valorar el grado de protección otorgado al interés superior del menor, los derechos del niño, el concepto de filiación, los modos de filiación derivados del procedimiento de maternidad subrogada y los alcances internacionales de la concepción del niño bajo la modalidad de maternidad subrogada.

En el cuarto capítulo titulado “la maternidad subrogada un procedimiento médico con efectos jurídicos”, se estudiarán las causas que motivan la utilización de las técnicas de reproducción humana, la infertilidad y la esterilidad: como causas del nacimiento de las técnicas de reproducción humana asistida, las técnicas de reproducción humana asistida, la definición y modalidades de la maternidad subrogada y los problemas morales, jurídicos y sociales consecuencia del procedimiento de maternidad subrogada.

En el quinto capítulo titulado “procedimiento de maternidad subrogada: análisis legislativo y propuestas”, se analiza la normatividad establecida en materia de maternidad subrogada en la República Mexicana y su impacto en la sociedad mexicana y su regulación en otros países para así determinar su efectividad.

Para la realización de esta investigación se han utilizado los métodos de doctrina analítica, derecho comparado y sociología jurídica.

Por último debe destacarse que en este trabajo de investigación interdisciplinaria no se define un nuevo concepto jurídico de maternidad y filiación, sino que se analiza un nuevo enfoque para así romper con el tradicional “*mater semper certa est*” de procedencia romana por lo cual se trata de estudiar aplicar y valorar nuevos descubrimientos en la medicina tales como: fecundación, maternidad, etc.

Para la elaboración de este trabajo se aplicaron entrevistas a funcionarios de la administración de justicia para conocer su criterio respecto a la maternidad subrogada, además realice una estancia de investigación en la división de posgrado de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo en la ciudad de Morelia, Michoacán cuyo objetivo principal fue la búsqueda y recolección de información que pudiera reforzar este trabajo de tesis.

CAPITULO PRIMERO. DISEÑO METODOLÓGICO

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

¿Las características que reviste el procedimiento de maternidad subrogada previsto en el Sistema Jurídico Mexicano garantiza el principio del “interés superior del menor”?

En los últimos tiempos ante el fenómeno de la globalización, el avance de la ciencia, el inimaginable desarrollo de las tecnologías y las investigaciones jurídicas, la ciencia jurídica ha sido superada, razón por la que han surgido diversas controversias que afectan a la sociedad en general, las cuales son merecedoras de estudio, tal es el caso del desarrollo científico-médico el cual ha posibilitado desde los años setenta la utilización de las llamadas técnicas de reproducción asistida, con estos avances se abrió un nuevo capítulo en el tema de la reproducción humana, ya que muchas parejas por diversos factores, al momento de decidir reproducirse se enfrentaban a la imposibilidad natural de realizarlo, sin tener más opción que resignarse, sin embargo gracias a estos adelantos médicos, se abrió una nueva gama de posibilidades de generación humana.

Sin embargo, los derechos reproductivos o en palabras del maestro Calvo Meijide “legítimos deseos”¹, de las parejas estériles, parejas homosexuales, o

¹ El Maestro Calvo Meijide se refiere a que existen ciertos derechos que más que “derechos” deben considerarse “legítimos deseos” como pueden ser los de “la mujer a su propio cuerpo”, que se antepone al derecho a la vida del hijo y así se justifica el aborto, o como en el tema del presente trabajo el “derecho al hijo”, pretendido derecho que no es más que un mero deseo no merecedor del calificativo de “derecho” y así el hijo se transforma en objeto del derecho de propiedad de los padres y, por ello, objeto de negocio jurídico. Calvo Meijide, Alberto, “el nasciturus como sujeto del derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista.”, *Cuadernos de Bioética*, España, Vol. 15. num. 54. 2004 p.297.

cualquier persona que desee un hijo y no pueda tenerlo en el cauce natural, no pueden en aras de hacer valer su “legítimo deseo” lesionar la dignidad y los derechos de otros sujetos intervinientes, máxime los de grupos vulnerables como lo son los menores, razón por la cual debe velarse porque en la práctica de este tipo de procedimientos se proteja el denominado “principio del interés superior del menor”.

En este trabajo nos centraremos en la técnica de reproducción humana asistida denominada: gestación por sustitución, maternidad subrogada o alquiler de útero, la cual encuentra en la doctrina múltiples y diversas definiciones por ejemplo algunos autores la definen como: el procedimiento por medio del cual una mujer renta su propio útero, sobre la base de un contrato, a una pareja solicitante en donde puede o no existir una retribución. En este procedimiento la mujer se encarga de la gestación de un niño, quien será entregado a la pareja solicitante, renunciando así a todos los derechos que ésta pueda tener sobre de él.²

Sin embargo debemos tomar en cuenta que en el proceso de maternidad subrogada los derechos no se ejercen de manera aislada, sino en una intrincada relación con toda una gama de derechos. Al lado de los reproductivos aparecen los relativos a la privacidad, a la dignidad, a la autonomía, a la salud y los derivados de la filiación, por señalar los más importantes.³

Los titulares de los mencionados derechos no sólo son los padres solicitantes y la madre gestante sustituta, sino que a su vez lo son, según la modalidad de este procedimiento médico, la madre biológica, los niños que nacerán por medio de esta técnica, el grupo familiar de la pareja solicitante y la

² Baffone, Cristiana, “La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 137, mayo-agosto, 2013.p.450-453.

³ Brena Sesma, Ingrid, “La Gestación subrogada ¿Una nueva figura en el Derecho de Familia ” en Brena Sesma, Ingrid, (coord.) *Reproducción Asistida*, México, IJ-UNAM, 2012,p. 143.

sociedad, que como menciona la Dra. Brena Sesma, se encuentra preocupada por el impacto de estas nuevas formas de reproducción humana.⁴

La práctica del procedimiento de maternidad subrogada, es el problema social donde me enfoco, puesto que en las características del procedimiento de maternidad subrogada prevista en el Código Civil del Estado de Tabasco debe tenerse en cuenta no solo los derechos reproductivos de la pareja solicitante o de la mujer que presta su vientre sino que más importante aún es la protección y garantía de los derechos del niño que será producto de este procedimiento, máxime cuando en el derecho mexicano se incorpora un término esencial “el interés superior del niño” el cual según el comité de los derechos del niño tiene como objetivo “garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño” respecto a ello la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana ha establecido el siguiente criterio jurisprudencial “En términos de los artículos 4o., párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991; y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales, en todas las medidas que tomen relacionadas con los menores, deben atender primordialmente al interés superior del niño; concepto que interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia contenciosa aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998) de la siguiente manera:

“La expresión ‘interés superior del niño’ implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.⁵

⁴ *Ibidem*, p.143.

⁵ Interés superior del menor. Su concepto. Criterio emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis: 1a./J.25/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, I. XV, t. 1, Diciembre de 2012.

Razón por lo cual, en el caso de México país en el cual se permite la realización de este procedimiento en algunos estados de la República⁶, es importante que la regulación jurídica garantice la protección coherente y moderna de los derechos humanos de los sujetos que intervienen, haciendo énfasis en el concebido, puesto que es quien se encuentra en mayor grado de desprotección.

Además, se deben tomar en consideración las consecuencias jurídicas, sociales y éticas, que trae consigo la realización de esta práctica, los cuales no solo tienen alcance nacional sino que en algunos casos su magnitud es aún mayor y alcanza el rango internacional, puesto que el contacto entre culturas diversas, genera el contacto entre ordenamientos jurídicos que responden a valores, principios, religiones diferentes, por lo cual se busca la protección de la persona humana⁷.

Derivado de la defectuosa y escasa regulación⁸ respecto a este importante tema, por ser su principal objetivo la creación de vida humana, se ha generado en nuestro país, un fenómeno social que se denomina “turismo médico” ya que muchas parejas extranjeras concurren a nuestro país, específicamente al estado de Tabasco- por ser el primer estado en legislar sobre este tema- para realizar este procedimiento, sin que este claramente definido por la ley su alcance y limitación, además en fechas recientes se celebró el primer juicio sobre maternidad subrogada en esta entidad, derivado de una controversia suscitada porque a una mujer de nacionalidad española no se le permitió llevar a su país de origen al bebé que en apego a las leyes tabasqueñas concibió con fecundación *in*

⁶ Expresamente está permitido en los estados de Tabasco y Sinaloa.

⁷Scotti, Luciana Beatriz, “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, *Pensar Derecho*, Argentina, Diciembre, 2012.p.268.

⁸ Recientemente en fecha 14 de diciembre de 2015 fueron aprobadas reformas al Código Civil para el Estado de Tabasco respecto a los límites y alcances del procedimiento de maternidad subrogada, reforma que será analizada en el capitulado de este trabajo de investigación.

vitro y en un vientre alquilado, ya que la secretaria de relaciones exteriores no tenía previsto en su reglamento interno que hacer en casos de maternidad subrogada⁹, de lo anterior me surgen las siguientes interrogantes ¿Qué sucede con el menor nacido por una técnica de reproducción asistida cuando es llevado a un país donde estas son prohibidas? ¿Cuál es el alcance de protección al menor nacido bajo estas condiciones?

Aunado a esto se derivan otras problemáticas como por ejemplo: cómo se va a determinar la filiación del menor nacido bajo esta práctica, pero no nada más basado en ideas improvisadas y pensamientos instantáneos sino que debe estar fundamentado en la doctrina, en la jurisprudencia y en la legislación tanto nacional como internacional, también es necesario establecer el derecho del menor a conocer su origen filial por ser producto de una técnica de reproducción asistida, se debe establecer una regulación especial de las formalidades que debe revestir el instrumento jurídico por el cual se realizará la práctica de maternidad subrogada, puesto que se debe de partir de la premisa que por ningún motivo, en ningún caso y en ningún momento de la actualidad, el ser humano debe ser materia de comercio, puesto que la vida es un bien indisponible, además se debe plantear en qué casos debe considerarse su nulidad, todo ello fundamentados en el interés superior del niño, los derechos humanos y la dignidad humana.

1. Objetivo general

Analizar el principio del interés superior del menor y las características que reviste el procedimiento de maternidad subrogada en el Sistema Jurídico Mexicano, para valorar qué protección se le otorga al niño nacido bajo esta técnica de reproducción asistida.

2. Objetivos específicos

1. Estudiar el Derecho civil, el Derecho de Familia y los conceptos propios de la medicina para determinar las bases jurídicas del procedimiento de maternidad subrogada en el nuevo contexto de interdisciplinariedad.

⁹ Noticia proveniente del periódico *Tabasco Hoy* de fecha 20 de abril de 2014, <http://www.tabascohoy.com/2/notas/188641/niegan-pasaporte-a-bebe-de-vientre-de-alquiler-en-tabasco>

2. Determinar qué es el principio del interés superior del menor para establecer el alcance y protección en el procedimiento de maternidad subrogada.
3. Analizar el procedimiento de maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida para identificar cuáles son sus consecuencias, éticas, sociales y jurídicas.
4. Examinar la normatividad establecida en materia de maternidad subrogada en la República Mexicana y en Derecho Comparado para reconocer cuál es su alcance y limitación en cuanto a la protección del menor y la debida aplicación de la teoría de los Derechos Humanos.

II. JUSTIFICACIÓN DEL PROYECTO

Aunque las técnicas de reproducción humana asistida surgieron en los años 70, en la actualidad surgen diversas problemáticas derivadas de su realización que no han sido tratadas correctamente, dado que no se han previsto todas las consecuencias jurídicas, sociales, éticas provenientes de su práctica. Mediante esta investigación se estudiara el procedimiento de maternidad subrogada en el Sistema Jurídico Mexicano pero específicamente el caso Tabasco, para analizar los alcances y limitaciones establecidos en las disposiciones jurídicas existentes respecto a este tema y los problemas sociales surgidos a raíz de ello, por lo cual se convierte en un tema trascendental y de actualidad, ya que la vida humana no solo puede generarse ya de forma natural sino que los avances médicos nos han permitido generar vida humana de forma artificial, pero estas nuevas formas de procreación algunas están en el límite de lo ético y lo moral por ello es importante que el Derecho se manifieste de forma imperiosa puesto que son precisamente los problemas sociales los que debe solucionar el derecho.

III. HIPÓTESIS

Las características que reviste la *maternidad subrogada* prevista en el Sistema Jurídico Mexicano especialmente en el Código Civil para el Estado de Tabasco por *ambigüedad* y *vaguedad* dejan en un estado de indefensión al *menor* nacido bajo esta técnica, por lo que es necesario proponer los *principios* de este procedimiento.

1. Variables:

- Dependiente
 - Maternidad subrogada: el también denominado alquiler de útero, acontece cuando una mujer se presta, mediante contraprestación o sin ella a gestar y alumbrar a una criatura, por cuenta de un matrimonio o pareja comitente que recibirán de aquella en el momento del parto.¹⁰ En el presente trabajo de investigación es el tema central de análisis, ya que se pretende estudiar sus características, modalidades, límites y alcance

- Independiente
 - Ambigüedad: significa que una expresión puede entenderse de varias maneras o que puede asumir significados distintos sin que el contexto permita aclarar en cuál de ellos es utilizada.¹¹ Además Atienza dice que es aquel problema o defecto intrínseco a la lengua natural, que afecta directamente a la correcta significación de los términos o palabras.¹²
 - Vaguedad: se presenta cuando no existe un conjunto identificado de propiedades definitorias que nos permita determinar con exactitud en

¹⁰ Bustos Pueche, José Enrique, *Manual sobre bienes y derechos de la Personalidad*, 2da. Ed., España, Dykinson, 2008, p.93.

¹¹ Galindo Sifuentes, Ernesto, *Argumentación Jurídica técnicas de argumentación del abogado y del juez*, 4ta. Ed., México, Porrúa, 2011 pp.1-209.

¹² Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, p. 256.

qué condiciones podemos referirnos con ellas correctamente a algo del mundo y en qué casos no.¹³

- Menor: según el Código Civil para el Estado de Tabasco serán considerados menores: Las personas físicas que no hayan cumplido dieciocho años, definición compatible con la Convención sobre los Derechos de los niños.
- Principio: es la relación razonada que correlaciona un valor, meta fin o en general un estándar establecido como relevante para el derecho con aquello con que se deba relacionar: Siendo la relación razonada el elemento determinante del principio jurídico y el fundamento valor meta fin o estándar establecido como relevante para el derecho su esencia.¹⁴

IV. MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL

1. La Familia

La familia es reconocida como un grupo fundamental de la sociedad y medio para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, en particular de los niños. El derecho organiza y estructura al grupo familiar a través de normas de carácter imperativo e irrenunciables con las cuales protege los intereses de los integrantes del grupo.¹⁵

A través del tiempo la conceptualización de la familia se ha ido transformando, como consecuencia de los cambios culturales y sociales. Así existen nociones tradicionales como familia nuclear, la familia extensa, familia monoparental, familia con padrastro o madrastra, familia derivada del concubinato familia poligámica, familia poligámica ilegal, familia poligámica legal, hasta llegar a lo que se denominan “las nuevas formas de familia” que

¹³ Galindo Sifuentes, Ernesto, *op.cit* pp.1-209.

¹⁴ Islas Montes, Roberto, “Principios jurídicos”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año XVII, Montevideo, 2011, pp.397-412.

¹⁵ Brena Sesma, Ingrid, *op. cit.*, pp.149-151.

son las familias integradas por parejas homosexuales, familias integradas con hijos concebidos mediante fertilización *in vitro*, reproducción asistida y otros procedimientos médicos modernos, aquí se encuentra incluida el tema que nos atañe, la maternidad por subrogación.¹⁶

Tal como lo vemos la familia sigue siendo la estructura de la sociedad, ya no entendida en forma restrictiva-tradicional si no como un concepto evolutivo que abarca diversas formas, por lo cual la regulación que realice el Derecho de sus integrantes en su relación entre sí, son fundamentales para el avance de la sociedad.

2. *El interés superior del menor.*

De todos los integrantes de la familia, el menor¹⁷ es quien requiere mayor protección y garantía por parte del Derecho, por lo cual surge el concepto de “interés superior del niño”.

Pretender definir lo que debe entenderse como “interés superior del niño” es una tarea compleja, ya que nos enfrentamos a lo que en Derecho es conocido como un concepto jurídico indeterminado o una cláusula general. Es por ello, que dicho concepto no debe ser interpretado en una forma estática sino que, por el contrario, deberá entenderse en una forma dinámica, flexible, de manera que podamos ir perfilando caso por caso una concreción acerca de lo que es.¹⁸

¹⁶ Sánchez Cordero de García Villegas, Olga María del Carmen, *et. al.*, *Sociología General y Jurídica*, México, Porrúa, 2013, pp.162-174.

¹⁷ Es importante resaltar que se ha dejado de considerar al menor como incapaz para involucrarlo en el concepto de persona.

¹⁸ Ravetllat Ballesté, Isaac, “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término” *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 nº 2 · 2012, pp. 89-108.

El objetivo principal del denominado interés superior del menor “es salvaguardar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño.”¹⁹

Aunque según el comité de los Derechos del niño, se concibe de forma tripartita como un derecho sustantivo, un principio jurídico indeterminado y una norma de procedimiento, concepciones que analizaremos en el capítulo correspondiente²⁰

Así pues el objetivo principal del interés superior del menor es proteger los derechos de los menores y buscar que se adopten en todo momento medidas que le proporcionen un mayor grado de bienestar.

3. La dignidad humana

La dignidad humana remite a un presupuesto esencial, el valor que todo ser humano tiene en sí mismo, con independencia de cualquier otro factor, lo cual le hace merecedor de un respeto incondicionado. En este contexto, la dignidad de la persona remite a una cualidad exclusiva, indefinida y simple del ser humano, que designa su superioridad frente al resto de los seres, con independencia del modo de comportarse.²¹

Del punto anterior se resalta que todos tenemos dignidad por el solo hecho de ser seres humanos, cualidad inherente y propia desde nuestro nacimiento, en cuanto somos seres humanos racionales y libres.

4. El derecho a la vida

El derecho a la vida es el primero y más fundamental de los derechos humanos y, por ello, es el supuesto ontológico sin el cual los restantes derechos

¹⁹ *Ídem.*

²⁰ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General nº14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, 2013 p.3.

²¹ Aparisi Miralles, Ángela, “El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global” *Cuadernos de Bioética*, España, vol. XXIV, núm. 2, mayo-agosto, 2013, p. 211.

no tendrían existencia posible, lo que exige su respeto desde el inicio de la vida hasta su natural extinción.²²

5. Técnicas de reproducción asistida.

Por reproducción asistida o artificial se entiende el conjunto de técnicas que permiten la reproducción o procreación humana artificial, esto es, fuera del cauce natural, que consiste en la fecundación del ovulo por el varón en el seno de la mujer, con subsiguiente desarrollo ininterrumpido en su propio organismo.²³

Dentro de aquellas, podemos mencionar:

- La inseminación artificial
- La fecundación *in vitro*
- La creación de bancos de gametos y bancos de embriones
- El embarazo *post mortem* y por último
- El embarazo por sustitución

6. Maternidad por subrogación.

El también denominado alquiler de útero, acontece cuando una mujer se presta, mediante contraprestación o sin ella a gestar y alumbrar a una criatura, por cuenta de un matrimonio o pareja comitente que recibirán de aquella en el momento del parto.²⁴

El término de maternidad subrogada se refiere al procedimiento por medio del cual una mujer renta su propio útero, sobre la base de un contrato, a una pareja solicitante en donde puede o no existir una retribución.

En este procedimiento la mujer se encarga de la gestación de un niño, quien será entregado a la pareja solicitante, renunciando así a todos los derechos que ésta pueda tener sobre de él.

²² Uzcategui U, Ofelia, "Derechos del no nacido", *Rev Obstet Ginecol*, Venezuela, Vol. 73, Nº 2, junio 2013.

²³ Bustos Pueche, José Enrique, *op. cit*, pp.91-92.

²⁴ *Ibidem*, p.93.

7. Contrato de maternidad subrogada

El contrato de maternidad subrogada es definido como “el contrato mediante el cual una mujer se obliga, frente a una pareja estéril, mediante una compensación, a llevar a término un embarazo, haciéndose fecundar artificialmente con el semen del marido de la pareja o su embrión y entregar al recién nacido inmediatamente después del parto a los cónyuges, los que asumirán cualquier derecho y deber frente al niño”.²⁵

Entonces surge una cuestión ¿es el cuerpo humano materia de contrato?

Según el Código Civil para el Estado de Tabasco en su artículo 1905 define al convenio como: “el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar, conservar o extinguir obligaciones” y el 1906 define al contrato como “Los convenios que crean o transfieren obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.”

En el contrato de maternidad subrogada tenemos tres elementos distintos de los cuales es ilícito disponer: En primer lugar, de los embriones que están siendo sujetos de intercambio; en segundo lugar, del cuerpo de la mujer y, en tercer lugar, de la filiación.²⁶

Para poder llevarse a cabo la subrogación, los padres contratantes necesitan que la madre sustituta “preste” su cuerpo en general y, en particular, su útero.

El cuerpo humano, así como los elementos que lo componen, no pueden ser objeto ni materia de ningún tipo de transacción porque no pueden calificarse como una “cosa”, en virtud de que es parte esencial de los individuos cuyo respeto es presupuesto de su dignidad y, por tanto, sujeto de derecho. Los contratos sólo se hacen con respecto a objetos o bienes

²⁵ Guzmán Ávalos, Aníbal, “La subrogación de la maternidad” *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.* México, núm. 20, 2007 p.119.

²⁶ Casas, María de la Luz, *Dilemas actuales: respuestas humanas*, México, LID, 2013 p. 234.

económicos en disponibilidad de transacción, es decir, que se encuentran dentro del comercio y no sobre personas o partes de su cuerpo.²⁷

Es aquí donde los críticos a este procedimiento encuentran su punto de partida, debido a que surgen las siguientes interrogantes ¿es el cuerpo humano materia de contrato? ¿Se puede comprar un bebe? Sin embargo debemos partir del hecho que los avances científicos, médicos y tecnológicos suceden día a día por lo cual no pueden ser negados sino regulados por el Derecho, es por ello que en el capítulo correspondiente se valorara el contrato de maternidad subrogada para determinar su validez y se establecerá cuáles son los mínimos necesarios que debe contener el instrumento de subrogación para proteger los Derechos Humanos y dignidad de todos los intervinientes

V. METODOLOGÍA

El capítulo segundo titulado Derecho Civil y Derecho de Familia disciplinas unidas por la persona y distinguidas por el interés público, se desarrollará utilizando el método de doctrina analítica, sociología y política jurídica para estudiar los elementos, disposiciones e instituciones jurídicas del Derecho de Familia y el Derecho Civil.

El capítulo tercero denominado el principio del interés superior del menor: conceptualización y protección en la teoría de los derechos fundamentales, se abordará a través del método de doctrina analítica y sociología jurídica para poder explicar cómo es conceptualizado el principio del "interés superior del menor" a partir del desarrollo de la sociedad y la teoría de los Derecho Humanos.

El capítulo cuarto titulado la maternidad subrogada un procedimiento médico con efectos jurídicos, se estudiará a través el método de doctrina analítica y sociología jurídica, ya que se analizarán las definiciones de los siguientes conceptos: procedimiento de maternidad subrogada, las técnicas de reproducción

²⁷ *Ídem.*

asistida entre otros conceptos para así repensar el concepto de maternidad subrogada y determinar el impacto social de su realización.

El capítulo quinto titulado el procedimiento de maternidad subrogada: análisis legislativo y propuesta, se desarrollará a través de la utilización del método de sociología jurídica para analizar la normatividad establecida en materia de maternidad subrogada en la República Mexicana y su impacto en la sociedad mexicana, además el método de derecho comparado para analizar cómo está regulada en otros países y así determinar su efectividad.

CAPÍTULO SEGUNDO. DERECHO CIVIL Y DERECHO DE FAMILIA: DISCIPLINAS UNIDAS POR LA PERSONA Y DISTINGUIDAS POR EL INTERÉS PÚBLICO.

I. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL

Las relaciones entre Constitución y Derecho Civil imponen referirse al proceso de constitucionalización del Derecho privado.

Giovanni Tarello llama constitucionalización al proceso histórico-cultural que culmina estableciendo una *relación jurídica* entre el detentador del poder político y los que están sujetos al poder.²⁸

Para Guastini por *constitucionalización* se entiende un proceso de transformación del ordenamiento jurídico, al término del cual resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales.²⁹

La idea de constitucionalización de los derechos implica más allá de la positivación la consideración de que estos son normas supremas del ordenamiento jurídico. Esta perspectiva tiene dos consideraciones subyacentes: la eficacia directa que poseen los derechos y su carácter vinculante para los poderes públicos: “un derecho fundamental es directamente eficaz porque es una norma de supremacía jurídica, de ahí que sea su nota propia la fundamentabilidad.”³⁰

Hablar de un Derecho Civil constitucional no implica enmarañar el panorama jurídico. No se trata de fragmentar el ordenamiento jurídico, sino de afianzar su esencial unidad al reflejarlo en un único texto de rango

²⁸ Kemelmajer de Carlucci, Aida, “Constitución y Codificación Civil”, en Villabella Armengol, Carlos, *et. al, Derecho Civil Constitucional*, México, Mariel, 2015, p. 17-44.

²⁹ Carbonell Miguel y Sánchez Ruiz Rubén, ¿Qué es la constitucionalización del derecho?, México, IJ-UNAM, 2008, p.35.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/15/cnt/cnt3.pd>

³⁰ Villaverde Ignacio, “Esbozo de una teoría general de los derechos fundamentales” *Revista Jurídica de Asturias*, No. 32, 1998, p.38.

superior. Es así como el denominado Derecho Civil Constitucional no representa un nuevo sector del ordenamiento, pues en él no se contempla una materia distinta a la propia del Derecho civil, ni tampoco se constituye como parte del derecho civil porque su delimitación formal proviene únicamente de su integración en el texto constitucional, el derecho civil constitucional supone, en fin, una elevación de rango formal de determinados principios al ámbito jurídico-privado.

Así pues la constitucionalización del Derecho civil implica otorgarle a las normas del derecho civil una fuerza vinculante al ser impregnadas por las normas supremas contenidas en nuestra Constitución.

La existencia normativa de un Código de Familia no es suficiente para garantizar todos los cambios trascendentales en cuanto al Derecho de Familia han ocurrido y que han quedado establecido en criterios del Poder Judicial si es cierto que existe una importante separación del Derecho de Familia del Derecho Civil, en cuanto a principios básicos, es decir autonomía de la voluntad e interés superior del menor, el tema no queda resuelto con promulgaciones legislativas sino con un estudio a fondo de como el Derecho Civil queda protegido constitucionalmente en lo que se ha denominado la constitucionalización del Derecho Civil estudiada anteriormente.

II.MARCO JURÍDICO DE LA FAMILIA

1. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

En la Constitución Política Mexicana en el artículo 4 párrafos I, II, III, V VII,VIII, IX, X, Y XI, encontramos derechos humanos concernientes a la protección de la familia.

Artículo 4o.³¹ El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

³¹ Artículo 4 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

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

Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento.

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

En este artículo constitucional se protege la organización y desarrollo de la familia y todos los derechos conexos necesarios para lograrlo, se consagra el derecho a determinar libremente el número de hijos que se desea tener, el derecho de alimentación, derecho a una vivienda digna y decorosa, el derecho a la identidad, a ser parte de una familia, también enmarca la protección especial que deben de recibir los menores atendiendo a sus necesidades especiales por razón de su edad, y por tanto protege el interés superior del menor y los derechos de los niños.

Con las reformas a nuestra constitución de fecha 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos se incorpora el reconocimiento del goce de los derechos humanos recogidos en tratados internacionales ratificados por México,

por lo cual el catálogo de derechos humanos para la protección de la familia se ve ampliado.

2. Instrumentos Jurídicos Internacionales

Son diversos los tratados internacionales que protegen el desarrollo integral de la familia a manera de síntesis enunciaré solo algunos:

*Declaración Universal de Derechos Humanos*³²

Artículo 16.- Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Artículo 25

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

La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*³³

Artículo 23

³² Adoptada y proclamada por la resolución de la Asamblea General 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.

³³ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.
3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

Además en el artículo 17 protege a la familia de cualquier injerencia arbitraria o ilegal y el artículo 24 enuncia la obligación de la familia de proteger a los menores según sus necesidades.

*Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*³⁴

Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

³⁴ Suscrita tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

En igual sentido este instrumento internacional contiene otras normas que protegen a la familia, el artículo 11 establece la protección de la familia de cualquier injerencia arbitraria o ilegal, el artículo 19 enuncia la obligación de la familia de proteger a los menores según sus necesidades especiales y el artículo 32 establece que toda persona tiene deberes para con su familia.

Además de estos tratados existen otros que protegen la constitución y desarrollo de la familia como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 1³⁵), la Carta Social Europea (art. 16³⁶), y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo San Salvador”.

III. DEFINICIÓN DE FAMILIA

El concepto de familia es un concepto dinámico y social que evoluciona al paso que los seres humanos lo hacen también, por lo cual no existe un concepto único de lo que es considerado como familia.

El vocablo familia procede del osco *famel*, cuyo significado es siervo y del latín *famulus*, sirviente luego que familia se entiende como el conjunto de los esclavos y criados de una persona.³⁷

Según el Diccionario jurídico civil y familiar define a la familia en sentido amplio como el grupo de personas entre quienes existe un parentesco de consanguinidad por lejano que fuera. Además establece que

³⁵ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

³⁶ Artículo 16. Derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica. Turín, 18 de octubre de 1961. Consejo de Europa (Estrasburgo).

³⁷ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de Familia*, 2^a. Ed., México, Oxford, 2013, p.13

existe un concepto restringido que solo se refiere a los cónyuges y a los hijos de estos, que viven bajo un mismo techo.³⁸

Sin embargo el concepto de familia se aborda desde diversos puntos de vista como se mostrara a continuación:

Concepto de familia: *enfoque biológico*.

Bajo este criterio la familia se forma por la unión sexual de la pareja compuesta por un hombre y una mujer a través de la procreación, generando lazos de sangre por lo tanto deberá entenderse como el grupo constituido por la pareja primitiva y sus descendientes, sin limitación alguna.³⁹ Como un hecho biológico, la familia implica la vida en común de dos individuos de la especie humana, de sexo distinto, unidos con el fin de reproducir, y por ende de conservar la especie a través del tiempo. La familia como hecho biológico involucra a todos aquéllos que, por el hecho de descender los unos de los otros, o de un progenitor común, generan entre sí lazos de sangre⁴⁰

Concepto de Familia: *enfoque sociológico*.

Desde este punto de vista el concepto de familia no es único ni inmutable al contrario a lo largo de los años es un concepto cambiante en el tiempo y en el espacio.

Bajo este criterio la familia es un grupo es decir una organización social básica formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos y los individuos unidos a ellos por los miembros vinculados por lazos sanguíneos y los individuos

³⁸ De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*. México, Porrúa, 2005, p. 165.

³⁹ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *Derecho de Fa... cit.*, pp.3-4.

⁴⁰ Oliva Gómez, Eduardo y Villa Guardiola, Vera Judith, "Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización", *Justicia Juris*, Colombia, vol.10 no.1 enero-junio, 2014,p. 15.

unidos a ellos por lazos de sobrevivencia: económicos, religiosos, de ayuda, culturales, etcétera.⁴¹

Carlos Lasarte dice:

La familia como institución social ha sido una agrupación de personas conectadas por vínculos conyugales y de parentesco y otras circunstancias (adopción, prohijamiento⁴², relación de servidumbre o vasallaje), que son de todos puntos de vista obvios, pero que, a su vez, dependen de consideraciones sociológicas, éticas, morales, históricas, que determinan la aceptación social de esquemas familiares muy variados.⁴³

Concepto de Familia: *enfoque jurídico*.

Se refiere al conjunto de vínculos jurídicos que rigen los miembros de la familia. Con este concepto se atiende a las relaciones derivadas de la unión de los sexos por vía del matrimonio o el concubinato y la procreación, conocidas como parentesco, así como las provenientes de las formas de constitución y de organización del grupo familiar, a los que la ley reconoce ciertos efectos: deberes, derechos y obligaciones entre sus miembros hasta cierto límite.⁴⁴

En nuestro derecho el concepto de familia solo considera a partir de la pareja, sus descendientes y ascendientes, y cuando descienden del mismo progenitor, incluye a sus parientes colaterales hasta el cuarto grado.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en criterio jurisprudencial respecto a la familia estableció lo siguiente:

⁴¹ *Ibidem*, p.4.

⁴² Acoger como hijo a un hijo ajeno. Enciclopedia jurídica virtual, consultada el 8 de octubre de 2015.

⁴³ Muñoz Rocha, Carlos I. *Derecho Familiar*, México, Oxford, 2013, p.14.

⁴⁴ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *Derecho de Fa... cit.*, pp.3-4.

La familia se halla constituida por el conjunto de personas entre los que existan relaciones jurídicas familiares, de parentesco, matrimonio o concubinato, entendiéndose por relaciones jurídicas familiares el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de una familia, tales como la consideración, solidaridad y respeto recíprocos. Privilegia el desarrollo de los niños y las niñas sobre la base del interés de la sociedad en su desarrollo y dignidad en un ambiente que le permita la satisfacción de sus necesidades así como a la salud física y emocional que de modo integral le garantice su realización como ser humano.⁴⁵

El maestro Baqueiro Rojas establece la siguiente definición de familia, desde el punto de vista jurídico:

La Familia es una institución jurídica de orden público e interés social integrada por las personas unidas por lazos de parentesco, matrimonio, concubinato u otro reconocido por la ley, cuyo fin es la protección de su organización y el desarrollo integral de sus miembros con base en el respeto de su dignidad.⁴⁶

Tabla 1.-Explicación de los elementos del concepto de familia.⁴⁷

Familia	
	La palabra institución proviene del verbo latino <i>instituo, is, tui, tutum</i> , cuyo significado es poner, establecer, edificar, regular u organizar. Los

⁴⁵ Tesis: I.3o.C.918 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIII, Febrero de 2011, p. 2327.

⁴⁶ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *Derecho de Fa... cit.*, p.8.

⁴⁷ Tabla explicativa de los elementos que conforman la definición del Derecho de Familia. Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *Derecho de Fa... cit.*, p.6-8.

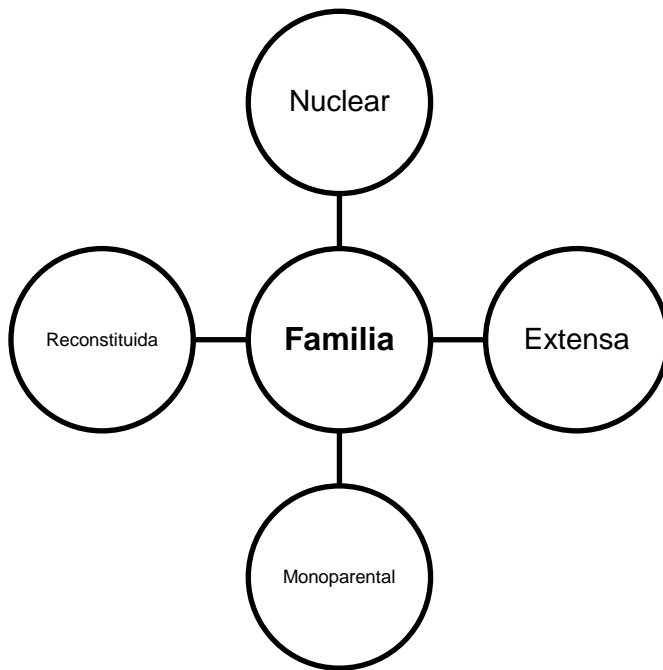
<p>Institución Jurídica</p>	<p>jurisconsultos romanos entendían por institución los elementos o principios de la ciencia del derecho o de cualquier disciplina jurídica, en la actualidad se entiende como un conjunto establecido de costumbres o prácticas que las normas jurídicas reúnen.</p>
<p>Orden Público</p>	<p>Respecto a que es una institución regulada por el orden público, entenderemos por este el límite a la autonomía de la voluntad, base del derecho privado que busca anular las conductas que resultan contrarias a los intereses colectivos (recogidos en las reglas de derecho). En derecho público se entiende como aquel que representa la paz social proviene del respeto por el ordenamiento jurídico.</p>
<p>Interés Social</p>	<p>Este concepto se refiere a que es una institución cuyo fin principal es el bienestar de la sociedad no busca la protección de intereses de particulares.</p>
<p>Formada por diversos lazos</p>	<p>Respecto a ello se establecen los lazos reconocidos por el ordenamiento jurídico, desde lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.</p>

<p style="text-align: center;">Finalidad de protección de sus miembros</p>	<p>Su principal finalidad es la protección de su constitución, organización y el desarrollo integral de sus miembros siempre con base en el respeto de su dignidad. Todo esto protegido en el artículo 4 constitucional</p>
---	---

IV. NUEVAS FORMAS DE FAMILIA

Como ya se ha mencionado el concepto de familia ha cambiado a través del tiempo al aludir al término familia se tenía referencia a lo que es la familia nuclear o tradicional sin embargo este modelo de familia nuclear se ha sustituido por: a) familias con madres que trabajan fuera del hogar, b) familias con padres o madres divorciadas, c) familias formadas por parejas que se casan por segunda vez con o sin hijos/as, d) madres solteras y padres solteros, e) personas que viven solas, f) parejas del mismo sexo con o sin hijos/as, g) familias extendidas (entiéndase abuelos/as, tíos/as, primos/as y otros parientes cercanos), h) abuelo o abuela con nietos/as, e i) tutor/a que pueda ser pariente o no de un/a menor⁴⁸, por lo cual entendemos que el concepto de familia es dinámico, ya que los seres humanos evolucionamos y por tanto como formadores de esta institución jurídica, también cambia su conceptualización, como se mencionó en la actualidad ya no existe un único criterio de lo que debe considerarse como familia sino que existen diversos grupos considerados como familia, los cuales estudiaremos a continuación.

⁴⁸ Pacheco, Walters, *et al.*, "Familia Reconstituida. El Significado de "Familia" en la Familia Reconstituida", *Psicología Iberoamericana*, México, vol. 14, núm. 2, diciembre, 2006, pp. 16-27.



- *Familia nuclear o tradicional.*

Es la connotación más restringida del término familia que comprende fundamentalmente a los cónyuges y a los hijos de éstos, que viven en un mismo lugar⁴⁹. Es decir, es la familia compuesta exclusivamente por la pareja y sus descendientes

inmediatos.

- *Familia Extensa.*

Conformada por la pareja y sus hijos, demás descendientes y adicionados.

- *Familia monoparental.*

Un solo progenitor ya sea la madre o el padre y sus hijos. Es aquella constituida por una madre o padre y al menos un hijo a cargo, en la que la responsabilidad familiar recae únicamente en una persona adulta.

Las vías de entrada de monoparentalidad son: la viudez, el embarazo en solitario, la separación/divorcio y la adopción. El 10% de las familias son monoparentales, y de ellas el 87% está encabezada por una mujer.⁵⁰

⁴⁹ Oliva Gómez, Eduardo y Villa Guardiola, Vera Judith, *op, cit.*, p.13.

⁵⁰ Ortega Giménez, Alfonso, *et. al.* (coord.), *Hacia la protección de la Familia. Perspectivas del Derecho de Familia hoy: preguntas, respuestas y propuestas.* España, Thomson, 2012, p.269.

- *Familia Reconstituida*

Estas familias son las conformadas por la pareja, sus hijos y los hijos de cada uno. Es decir son familias compuestas por padre y madrastra o madre y padrastro e hijos e hijas biológicos/as de uno de ellos/as en su matrimonio anterior.⁵¹

- Familias fundadas por parejas del mismo sexo.

En México a raíz de la ley de sociedad de convivencia para el Distrito Federal, se permite la unión civil entre dos personas del mismo sexo. Además la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene en criterio jurisprudencial lo siguiente:

Así, es claro que el concepto constitucional de familia no puede ser interpretado desde un punto de vista restrictivo y centrado exclusivamente en familias formadas en un contexto matrimonial, sino que dicho concepto debe ser entendido desde una perspectiva más amplia, debiéndose incluir en él las situaciones de convivencia ajenas al matrimonio que desarrollan los mismos fines que éste y que, por lo tanto, deben recibir los mismos niveles de protección.⁵²

V. UNA VISIÓN POSMODERNISTA DE LA INSTITUCIÓN DE LA FAMILIA.

La Familia es el último baluarte de la dignidad humana, el único obstáculo que podría salir al paso de los avances de una ciencia y una política deshumanizada.⁵³

La familia es reconocida como un grupo fundamental de la sociedad y medio para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, en particular de los niños. El Derecho organiza y estructura al grupo familiar a través de normas de carácter imperativo e irrenunciables con las cuales protege los intereses de los

⁵¹ Pacheco, Walters, *et al.*, *op. cit.*, p.85.

⁵² Tesis: 1a. VI/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, décima época, Tomo I, p.749.

⁵³ Hurtado Oliver, Xavier, *El Derecho a la vida ¿y la muerte?, procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia, suicidio asistido y aborto, problemas éticos, legales y religiosos*, 3ra. ed. México, Porrúa, 2008, p.6.

integrantes del grupo.⁵⁴ Tal como lo vemos la familia sigue siendo la estructura de la sociedad, por lo cual la regulación que haga el Derecho de sus integrantes en su relación entre sí, son fundamentales para el desarrollo del grupo social.

Se habla ya de la *posmodernización de la familia*, haciendo referencia a que ya no existe un modelo único de familia que se considere ideal y con arreglo al cual se juzga la vida de los conciudadanos, sino que los modos de entrada, de permanencia, salida de la vida familiar son considerados un asunto privado.⁵⁵

Hoy en día al hablar de los nuevos tipos de familia, ya no solo se hace alusión a aquellas donde la madre tiene una fuente de empleo o de las familias extensas o primarias como se hacía años atrás sino que hemos evolucionado al grado que existen nuevas formas de familia que han rebasado a la ciencia jurídica, razón por lo que estudiar su funcionamiento y estructura es necesario para lograr el equilibrio y bienestar social.

Sin embargo a través del tiempo la conceptualización de la familia se ha ido transformando, como consecuencia de los cambios culturales y sociales, así existen nociones tradicionales como familia nuclear, la familia extensa, familia monoparental, familia con padrastro o madrastra, familia derivada del concubinato familia poligámica, familia poligámica ilegal familia poligámica legal, hasta llegar a lo que se denominan “ las nuevas formas de familia” que son las familias integradas por parejas homosexuales, familias integradas con hijos concebidos mediante fertilización *in vitro*, reproducción asistida y otros procedimientos médicos modernos, aquí se encuentra incluida el tema que nos atañe, la maternidad por subrogación.⁵⁶

⁵⁴ Brena Sesma, Ingrid, *op. cit.*, pp.149-151.

⁵⁵ Carbonell, José, *et. al.*, *Las familias en el siglo XXI: una mirada desde el derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012, p.8.

⁵⁶ Sánchez Cordero de García Villegas, Olga María del Carmen, *et. al.*, *op.cit.*, pp.162-174.

En el ámbito del Derecho de Familia las manipulaciones genéticas implican la necesidad de replantear los principios jurídicos reconocidos hasta ahora para la maternidad y la paternidad. Sabemos que, en nuestro Sistema Jurídico, la maternidad es siempre cierta; que, para el Derecho, el padre es el marido de la madre; que, según nuestras normas, a cada hijo o hija sólo puede atribuírsele un padre y una madre. Sin embargo, la biotecnología, y, muy en especial, las técnicas de fecundación asistida -que ya forman parte de nuestra cotidianidad-, nos enfrentan a hechos que cuestionan desde sus cimientos estos principios que parecían incuestionables.⁵⁷

Con la aplicación de estas técnicas hace surgir por lo menos dos concepciones de padre y tres de madre.

Tabla 2.- Paternidad y Maternidad⁵⁸

Padres y Madres resultantes de la utilización de una técnica de reproducción humana asistida.	
Padre genético	El hombre que aportó los gametos masculinos para la concepción
Padre social	Aquél que desea asumir todas las responsabilidades respecto de la paternidad
Madre social	Aquella que la sociedad y la ley reconocen como la madre
Madre genética	Correspondiente a la mujer que aporta

⁵⁷ Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, “El impacto de las nuevas tecnologías reproductivas en la familia: presente y futuro” en Martínez Bullé Goyri Víctor m. (Coord.) *Genética Humana y Derecho a la Intimidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1998.

⁵⁸ Tabla elaborada con información del libro *genética humana y derecho a la intimidad*, Martínez Bullé Goyri Víctor m. (Coord.) *Genética Humana y Derecho a la Intimidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1998.

	los gametos para la fecundación
Madre biológica propiamente gestante	En el caso de que una mujer porte a término el embarazo en su útero sin desear ser madre y sin aportar tampoco el óvulo para la fecundación. En este último caso, la mujer literalmente sólo permite que se desarrolle y viva un nuevo ser, por ello se le nombra madre biológica, en lo que se ha dado en llamar maternidad sustituta o subrogada

VI. CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES

1. *Derechos de la personalidad*

Se puede definir a la persona desde diversos puntos de vista como por ejemplo jurídico, sociológico, filosófico y ontológico.

Cuadro1.- Conceptos de persona⁵⁹

⁵⁹ Cuadro conceptos de persona. Baqueiro Rojas Edgar, y Buenrostro Baéz, Rosalía, *Derecho Civil, Introducción y personas.*, México, 2003,p.133 y Calvo Mejjide, Alberto, *op. cit.* p.286-287.

Persona

Concepto Jurídico

- Sujeto de derechos y obligaciones, esto es el ente al que el orden jurídico confiere la capacidad para que le puedan ser imputadas las consecuencias de derecho; o dicho en otras palabras, como todo ente capaz de ser titular de derechos y obligaciones.

Concepto Sociológico

- Individuo que desempeña un papel social en la vida en comunidad de acuerdo con la cultura que lo ha condicionado para ello.

Concepto Filosófico

- Expresión de la esencia del ser humano, del individuo humano. Ser con dignidad es decir, con fines propios que debe realizar por su decisión.

Concepto psicológico

- Hombre según sus relaciones con el mundo y consigo mismo, una unidad individual de relaciones sociales

Concepto ontológico y antropológico

- Ser dotado de inteligencia, razón y libre voluntad, sujeto autónomo de decisión moral, que es quien verdaderamente edifica el orden social, y con ello se desprecia al ser humano como titular de unos derechos y de unos deberes intrínsecos e inalienables, anteriores a la existencia de la sociedad: los derechos humanos, que nacen de la propia naturaleza del hombre, ante los cuales el Estado y la sociedad quedan subordinados y obligados a su respeto, custodia y tutela

Respecto a la personalidad se dice que es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, por tal razón, todo sujeto de derechos y obligaciones es

una persona de Derecho, ya que con ello indica estar dotada de la cualidad o investidura denominada personalidad jurídica.⁶⁰

Además la Dra. Gisela María Pérez Fuentes los define como una categoría especial de los derechos subjetivos que fundados en la dignidad de la persona, garantizan el goce y respeto de su propia identidad e integridad en todas las manifestaciones físicas y propias del intelecto de la persona.⁶¹

Inicio y fin de la personalidad

Es decir, cómo se adquiere y como se pierde la personalidad.

Según el artículo 31 del Código Civil para el Estado de Tabasco.⁶²

ARTÍCULO 31.- Capacidad de goce

La capacidad de goce del ser humano se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que es concebido, queda bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código. Esta disposición protege, también, a los concebidos por cualquier método de concepción humana artificial, aun cuando no se encuentren en el útero materno.

Como vemos en nuestro Código, el embrión humano, el ser concebido antes de nacer, *nasciturus* como se le conoce en la doctrina, se encuentra protegido por el Derecho, se le tiene por nacido por una ficción para todos los efectos declarados por la ley.

Entonces, después de todo lo establecido anteriormente los derechos de la personalidad son definidos como: “una categoría especial de derechos subjetivos, que fundados en la dignidad de la persona, garantizan el goce y respeto de su

⁶⁰ *Ibidem*, p.150.

⁶¹ Villanueva, Ernesto, (coord.), *Diccionario de Derecho a la Información*, 3era. ed., t.I., México, IIJ-UMAM, 2010, p. 564.

⁶² Publicado en el Periódico Oficial el 9 de abril de 1997, última reforma publicada en el periódico oficial en febrero de 2016.

propia entidad e integridad, en todas sus manifestaciones espirituales y físicas.”⁶³
Por lo cual a través de ellos se ven garantizados y protegidos los bienes de la personalidad.

Por lo que se considera que la vida es el primero y más fundamental bien de la personalidad. Sobre él se apoyan, ontológica e intelectualmente los demás, en concordancia con el autor opino que la vida humana existe desde que se produce a fecundación del óvulo femenino, es decir desde el momento mismo de la concepción, desde este momento existe un individuo de la especie humana, que aunque creado por sus progenitores es distinto pues posee características genéticas propias, es incluso distinto de la madre, pues sólo se encuentra alojado en ella temporalmente. Respecto precisamente a este tema tan controvertido el inicio de la personalidad, surgen las siguientes interrogantes ¿En qué momento de la vida humana se debe de reconocer, proteger y garantizar derechos?, ¿el concebido, es considerado persona? muchos autores sostienen que la personalidad inicia desde el momento de la concepción sin embargo otros establecen que es desde el momento del nacimiento, por estas razones se analizará que nos establece la doctrina, la ley , la jurisprudencia respecto al *nasciturus* como sujeto de derecho.

2. El *Nasciturus*

El «*nasciturus*» es el concebido aún no nacido («*nondum natus*»), es el ser humano en el periodo de su vida que va desde el momento de la concepción hasta el momento del nacimiento, y se desarrolla en las diferenciadas etapas de embrión⁶⁴ y de feto⁶⁵. Por embrión debe entenderse el ser humano desde la

⁶³ Bustos Pueche, José Enrique, *op. cit*, pp.91-92.

⁶⁴ (*embryo*) organismo en el estadio más temprano del desarrollo. En el hombre comprende desde el momento de la concepción hasta el final del segundo mes de vida intrauterina. G. Dox, Ida, et. al. *Diccionario Médico ilustrado*, España, harpercollins, 2011, p.294.

⁶⁵ (*fetus*), descendencia en desarrollo en el útero, desde el final de la séptima semana de gestación hasta el nacimiento. G. Dox, Ida, et. al. *Diccionario Médico ilustrado*, España, harpercollins, 2011, p.352.

fecundación hasta el tercer mes del embarazo; por feto se entiende el ser humano desde el tercer mes de embarazo hasta el momento del parto. Dentro del periodo embrionario se habla de distintas fases, en cualquiera de las cuales nos encontramos en presencia de un ser humano en las primeras fases de su existir, en el cual no hay saltos cualitativos, pues es siempre el mismo cuerpo biológico, aunque su morfología no coincida todavía con la del hombre adulto.⁶⁶

Se dice que la visualización ontológica, antropológica de la persona ha ido perdiendo fuerza ante su concepto restrictivo jurídico por lo cual se realiza la siguiente reflexión:

El preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la O.N.U.⁶⁷ afirma que la «libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana» y en su art. 1º proclama un principio semejante al decir que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...». Es de destacar que esta Declaración no utiliza la palabra «persona», sino las expresiones «miembros de la familia humana» y «seres humanos», con lo que hace un reconocimiento amplio de la dignidad del ser humano. El preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, comienza afirmando: «Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables», para añadir luego que «estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana».⁶⁸

Por tanto se están utilizando las expresiones «miembro de la familia humana», «seres humanos» y «persona» en un sentido idéntico, pues son

⁶⁶ Calvo Mejjide, Alberto, *op. cit.* p. 291

⁶⁷ Suscrita el 10 de diciembre de 1948.

⁶⁸ Calvo Mejjide, Alberto, *op. cit.* p.297.

expresiones que designan a una misma y única realidad: el hombre. Ello nos permite afirmar que el concepto de persona que esas declaraciones de derechos contienen es el mismo que el de ser humano, sin que haya entre ambas expresiones diferenciación alguna.

Por lo cual existe un sentido amplio para el reconocimiento y tutela de la dignidad del hombre y de sus Derechos Fundamentales y, por tanto, cabe la posibilidad de extender el reconocimiento de la dignidad a todo ser humano, en cualquiera de los distintos momentos de su total e íntegra vida.

VII. DERECHO CIVIL Y DERECHO DE FAMILIA

Este apartado tiene como objetivo establecer la definición de Derecho Civil y el Derecho de Familia, sus elementos, sujetos y sus principales instituciones para determinar por qué el Derecho de Familia debe ser autónomo del Derecho Civil.

1. *Derecho Civil*

Conceptualización

El Derecho Civil ha sido entendido como la rama del Derecho Privado constituida por un conjunto de normas referentes a las relaciones jurídicas de la vida ordinaria del ser humano, en su categoría de persona.⁶⁹

Según el Diccionario Jurídico General Rama del Derecho Privado interno que regula a la persona y sus relaciones con otros individuos en tanto sujeto particular.⁷⁰

Rojina Villegas por su parte señala⁷¹: es la rama del Derecho privado, general para el orden jurídico, que estudia y regula los atributos de las personas,

⁶⁹ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil*, 14ª edición, México, Porrúa, 1995, p.93.

⁷⁰ Martínez Morales, Rafael, *Diccionario Jurídico General*, México, IURE, 2007, p.415

⁷¹ Domínguez Martínez, José Alfredo, *Derecho Civil, parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, 3ra. ed., México, Porrúa, 1992.p.39.

los derechos de la personalidad, su organización jurídica de la familia y las relaciones jurídicas de carácter patrimonial habidas entre particulares, con exclusión de aquellas de contenido mercantil, agrario o laboral.

Según Galindo Garfias el Derecho Civil es la parte del Derecho Privado constituida por el conjunto de normas que regulan las situaciones jurídicas y las relaciones comunes u ordinarias del hombre en lo que atañe a su personalidad, a su patrimonio, y a la institución de la familia, constituye el Derecho Civil.⁷²

Según García Máynez el Derecho Civil determina las consecuencias esenciales de los principales hechos y actos de la vida humana, y la situación jurídica del ser humano en relación con sus semejantes o en relación con las cosas.⁷³

Tabla 3.- Concepto de Derecho Civil

Derecho Civil	
Conjunto de Normas	Refiriéndose estrictamente al concepto en términos de Derecho positivo, son disposiciones vigentes emitidas por la autoridad facultada para ello.
Rama del Derecho Privado	En el Derecho Privado, la estructura de la relación, se basa en la existencia de intereses opuestos, distintos en el pretensor y en el obligado. ⁷⁴
Orden público	El Derecho Civil, que regula las relaciones entre los particulares, y, no obstante de ser un derecho privatista, se encuentra bajo el orden público, considerado éste como: el Estado o situación social

⁷² Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, 1995, p.93.

⁷³ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, México, Porrúa, 2009, p.146.

⁷⁴ Galindo Garfias, Ignacio, *op cit*, p.77.

	derivada del respeto a la legalidad establecida por el legislador. Se debe considerar que todas las leyes son de orden público, ya que todas ellas, tienen como fin principal el mantenimiento de la paz con justicia, que persigue el Derecho. El orden público se perturba cuando el Derecho no es respetado. ⁷⁵
Autonomía de la voluntad	La principal característica del Derecho Civil es la ponderación de la voluntad de las partes o autonomía de la voluntad, considerada como la expresión de la libertad en el campo del Derecho Privado, y es inherente a la persona humana para alcanzar sus propios fines, con los límites que impone la ley. ⁷⁶

Tabla 4. Contenido del Derecho Civil

Contenido extrapatrimonial	Contenido patrimonial
Comprendido por todo aquello que carece de contenido económico. Parte general Derechos de la personalidad Atributos de la persona	Contiene la regulación de todas aquellas instituciones, figuras y relaciones jurídicas de contenido patrimonial entre particulares.

⁷⁵De Pina Rafael, y De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, México, Porrúa, 1999, p.391.

⁷⁶ *ibídem*, p.226

Instituciones del Derecho civil

La persona	La persona es la base y el centro del Derecho Civil; la persona, en su significación más general y elemental, no, sin embargo, la persona abstracta quintaesenciada en la voluntad, sino integrada en un orden moral, histórico y económico.
La Familia	Los Derechos de Familia como consecuencia de sus relaciones con los miembros de esta comunidad primaria en que se integra
El patrimonio	Los Derechos Patrimoniales, como resultado de la titularidad de un patrimonio que requiere una gestión económica y un destino después de la muerte.

Sujetos de Derecho Civil

El Derecho Civil es aplicable a todos. Puede suceder que alguien no sea comerciante, obrero o campesino y consecuentemente no le sea aplicable el estatuto legal destinado a dichos sujetos, pero ese alguien como todos, es persona y por ende el Derecho civil le será siempre aplicable desde su concepción hasta su muerte.

2. Derecho de Familia

Conceptualización

Ulpiano dice respecto de la familia: *iure proprio familiam dicimus plures personas, quae, sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae.*(por

derecho llamamos familia al conjunto de personas que por naturaleza o por derecho están bajo una misma potestad.)⁷⁷

Diego Zavala establece que el Derecho Familiar

Es la parte del Derecho Civil que organiza a la familia como núcleo social fundamental, crea y regula las instituciones instrumentales para su estabilidad y cumplimiento de sus fines, norma la disolución matrimonial, las relaciones derivadas de la filiación y el parentesco y establece las disposiciones dirigidas a la protección de los menores y su promoción humana.⁷⁸

El Derecho de Familia según Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, es el conjunto de normas jurídicas de orden público e interés social que regulan la constitución, organización y disolución de las relaciones entre los miembros de la familia con el objeto de proteger el desarrollo integral de ellos.⁷⁹

El maestro Carlos I. Muñoz establece que el Derecho Familiar es una rama autónoma del derecho que comprende un conjunto de normas de orden público e interés social que regulan todo lo relacionado con los miembros de la familia con el objeto de proteger el desarrollo integral de sus miembros.⁸⁰

*Tabla 5.- Concepto de Derecho de Familia*⁸¹

<i>Derecho de Familia</i>	
<i>Elementos de la definición</i>	<i>Explicación</i>
Conjunto de Normas	Refiriéndose estrictamente al concepto en términos de Derecho Positivo, son disposiciones vigentes emitidas por la autoridad facultada para ello.

⁷⁷ Baqueiro Rojas , Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *Derecho de Fa... cit* , pp.6-8

⁷⁸ Zavala Pérez, Diego, *Derecho Familiar*, Porrúa, México, 2006, pp.11-12.

⁷⁹ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *Derecho de Fa... cit*,p.8.

⁸⁰ Muñoz Rocha, Carlos I. *op. cit.*,p.14.

⁸¹ *Ibidem.*,p.8-9

<p>Rama autónoma del Derecho</p>	<p>Aunque autores defienden el hecho de que el Derecho de Familia es parte del Derecho Civil se puede afirmar que las relaciones jurídicas inherentes al Derecho de Familia no son de Derecho Privado ya que en estas normas prevalece el orden público y aunque la conducta de los integrantes del grupo familiar se encuentra en una relación de igualdad y deja cierto margen de actuación en las relaciones familiares a la voluntad de las partes, la autonomía de la voluntad típica del Derecho Civil, está limitada, sin embargo tampoco puede considerarse que pertenece estrictamente al Derecho Público puesto que la familia es una institución privada donde el Estado no es acreedor. Esta posición se defenderá más adelante en este capítulo.</p>
<p>Orden público</p>	<p>Esto quiere decir que por la trascendencia que tiene el Derecho de Familia, el Estado se subroga funciones concretas para asegurar la aplicación de las normas y, en su caso proteger a los sujetos con mayor grado de vulnerabilidad en el Derecho Familiar, ya que en el Derecho de Familia se titulan intereses superiores a los individuales.</p>

Interés social.	La familia es de interés y trascendencia social, ya que la familia ha sido y seguirá siendo la célula básica de la sociedad, grupo primario al cual pertenecemos y cuyos vínculos, antes que jurídicos, son de solidaridad y ayuda mutua.
------------------------	---

Sujetos del Derecho Familiar⁸²

Los sujetos del Derecho Familiar evidentemente serán aquellas personas que integran el grupo familiar, en estricto sentido los sujetos directos del Derecho Familiar son:

- Los parientes pues de ellos o vinculadas con ellos se presentan cantidad de consecuencias jurídicas que impactan al Derecho Familiar, de acuerdo con el tipo de parentesco del que estemos hablando, ya sea consanguíneo, por adopción o por afinidad.
- Los cónyuges, concubinos o convivientes.
- Las personas que ejercen la patria potestad y las personas o menores sujetos a ella.
- Los tutores y los incapaces, así como las instituciones tutelares que prevé el Derecho de Familia.
- Los curadores, quienes se ocupan de la vigilancia relacionada con la tutela
- Los custodios y acogedores

La autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia

Según Miguel Villoro Toranzo, siguiendo a Pedro Rocamora Vals, destaca que:

⁸² *Ibidem*, p.10.

El concepto de la autonomía equivale, en el ámbito individual, al de soberanía y libre decisión en la propia esfera de actuación del hombre. La facultad humana, que permite al individuo trazarse una norma a la que sujeta su independiente actividad, es reconocida en la técnica filosófica-jurídica bajo el concepto general de autonomía de la voluntad. Tras esta idea se ha venido significando en el campo del Derecho Privado, que todo individuo tiene las posibilidades de crear cualquier clase de relaciones jurídicas, con tal de que estas, no se hallen prohibidas por la ley, y establecer los límites, formas y naturaleza y contenido de las mismas siendo la voluntad la suprema ley que rija las relaciones.⁸³

La autonomía de la voluntad implica:

- Una actividad libre e intencional del individuo
- Debe estar facultada y protegida por el orden público
- En materias diferentes de las reguladas coactivamente por mandatos y prohibiciones de orden jurídico
- Debe ser creadora, tanto de la existencia como de los límites, forma, naturaleza y contenido de relaciones jurídicas.

La autonomía de la voluntad se ha ido limitando en apego a la justicia social, proteger a la parte más débil, siempre en la medida que se necesite la protección para igualarse con los más fuertes.

Según el Diccionario de Derecho Civil y de Familia la autonomía de la voluntad es el principio jurídico-filosófico que les atribuye a los individuos un ámbito de libertad, dentro del cual pueden regular sus propios intereses; permitiéndoles crear relaciones obligatorias entre ellos, que deberán ser reconocidas y sancionadas en las normas de Derecho. De esta manera se

⁸³ Ibídem, p.13-14.

establece que el hombre debe someterse a la palabra dada. (*Pacta sunt servanda*⁸⁴).⁸⁵

Además respecto a la autonomía de la voluntad la Suprema Corte de Justicia de la Nación en criterio jurisprudencial estableció:

El respeto del individuo como persona requiere el respeto de su autodeterminación individual, por lo que si no existe libertad del individuo para estructurar sus relaciones jurídicas de acuerdo con sus deseos, no se respeta la autodeterminación de ese sujeto. Aunado a lo anterior, el principio de autonomía de la voluntad tiene reflejo en el derecho de propiedad y en la libertad de contratación, la cual también es un elemento central del libre desarrollo de la personalidad, y en cuya virtud las partes de una relación jurídica son libres para gestionar su propio interés y regular sus relaciones, sin injerencias externas.⁸⁶

El orden público en el Derecho de Familia

El Diccionario Jurídico Mexicano define el orden público como:

El estado de coexistencia pacífica entre los miembros de una comunidad, en un sentido técnico la dogmática jurídica con orden público se refiere al conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad, principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas ni por voluntad de los individuos (no está bajo el imperio de la “autonomía de la voluntad”) ni por la aplicación de derecho extranjero, la doctrina indica que el orden público como institución jurídica, se constituye de principios y axiomas de organización social que todos reconocen y admiten aun cuando no se establezcan aun cuando no se expresen ni expliciten. El orden público es, se sostiene, “una forma de vida

⁸⁴ Locución latina que significa “lo pactado obliga”

⁸⁵ De Pina Vara, Rafael, *op. cit.*, p. 41.

⁸⁶ Tesis: 1a. CDXXV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo I, Diciembre de 2014, p.219.

jurídica”. El orden público constituye las ideas fundamentales sobre las cuales reposa la “constitución social”.⁸⁷

En este capítulo se abordó el tema del concepto de familia, nuevos tipos, estructura pero también se enuncio la conceptualización del Derecho Civil y el Derecho de Familia para hacer una comparación que nos permita determinar la separación del Derecho de Familia y del Derecho civil.

Tabla 6.-Cuadro comparativo Derecho civil y Derecho de Familia⁸⁸

Derecho Civil	Derecho de Familia	Conclusiones
Normas de Derecho Privado	Rama autónoma del Derecho. Normas de Derecho Público y Derecho privado.	Se establece que el contenido del Derecho Civil son normas de Derecho Privado cuyo límite de la voluntad de los particulares es el orden público, sin embargo el Derecho de Familia, contiene tanto normas de Derecho Privado como normas de Derecho Público pero otros autores establecen que es una rama autónoma del Derecho Antonio Cicu establece que en el Derecho de Familia se establece la estructura del Derecho Público, porque el interés impuesto por la norma es siempre superior al interés individual pero en el Derecho de Familia el interés

⁸⁷Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

⁸⁸ Trigueros G., Laura, “Algunos temas de Derecho familiar” en Gonzales Martin, Nuria y Rodríguez Benot, Andrés, (coords.) *Estudios sobre adopción internacional*, México, UNAM, 2001, pp. 97-109.

		superior se pondera sobre el interés individual. ⁸⁹
Regula las actividades como seres humanos individuales	Regula y protege la familia como grupo social	El Derecho Civil es aplicable a todas las personas desde su nacimiento hasta su muerte, el Derecho de Familia es aplicable al individuo en tanto es parte de un grupo familiar.
Derecho patrimonial	Derecho personal	El Derecho Civil es derecho patrimonial y el Derecho de Familia es personal.
Las personas son consideradas en un plano de igualdad de Derechos.	Los integrantes no son considerados en un plano de igualdad puesto que se considera la condición que ocupa dentro del grupo familiar, busca proteger al sujeto más vulnerable.	En el Derecho Civil las personas que se someten a su jurisdicción son atendidas en un plano de igualdad de Derechos, parte actora y parte demandada tendrán los mismos derechos y oportunidades sin embargo en el Derecho de Familia se protege el interés de los sujetos que tengan mayor grado de vulnerabilidad, como es el caso de los menores, por lo cual se pondera siempre el interés superior del menor en cualquier controversia de orden familiar donde se vean involucrados.
Presencia de instituciones de Derecho Público Jueces en materia civil	Presencia de instituciones de Derecho Público Ministerio Público. Oficiales del registro	Tanto como en el Derecho Civil como en el Derecho de Familia existe presencia de instituciones de Derecho Público.

⁸⁹ Galindo Garfias, Ignacio *op. cit*, p. 77.

	civil Jueces en materia familiar	
--	--	--

CAPÍTULO TERCERO. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: CONCEPTUALIZACIÓN Y PROTECCIÓN EN LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

I. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

“La humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”

Los niños, niñas y adolescentes por su falta de madurez física y mental necesitan de una protección especial es por ello que existen diversos instrumentos jurídicos tanto internacionales como nacionales que buscan proteger los derechos de los niños cuyo objetivo principal es que logren su óptimo desarrollo.

*Convención sobre los Derechos del niño*⁹⁰

Esta convención está integrada por 54 artículos cuya finalidad es una protección especial a los niños por su condición natural.

Según esta convención serán niños todos los menores de 18 años.

Otro de los objetivos de esta convención es la protección y respeto del principio del interés superior del menor, ya que establece que en todas las medidas concernientes a los niños debe primar el principio del interés superior del menor.

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el *interés superior del niño*.

⁹⁰ El 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de la ONU aprobó por unanimidad la Convención sobre los Derechos del Niño ratificado por México el 21 de septiembre de 1990.

Tanto en este artículo como en otros artículos de la convención se menciona la protección del interés superior del menor.

*Declaración Universal de los Derechos Humanos*⁹¹

Artículo 25

2. La maternidad y la *infancia* tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los *niños*, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica o CADH)⁹². Es una de las bases del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos. Está integrada por 82 artículos.

Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

II.- Derechos del Niño que nace a raíz de un procedimiento médico asistido.

*Derecho a conocer su origen biológico*⁹³

⁹¹ Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.

⁹² Suscrita tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978

⁹³ Baccino Giulliana, (ed.), *Reproducción Humana Asistida. Aspectos Jurídicos, Sociales y Psicológicos*, Valencia, tirant lo Blanch, 2014, pp. 92-99.

Se ha destacado la importancia del conocimiento del propio origen como exigencia de afirmación de la personalidad y como una necesidad para evitar problemas psicológicos y psiquiátricos, así como crisis de identidad del hijo.⁹⁴

También podría reconocerse en este ámbito la incidencia del derecho a la vida y la protección de la salud como elementos contrarios al anonimato, cuando del desconocimiento de la identidad del donante —de los padres biológicos— puedan derivarse implicaciones negativas en relación al diagnóstico y prevención de enfermedades (sobre todo en los casos en que esa información fuera relevante para comprobar si se va a padecer o no determinada enfermedad rían el acceso a los datos de identidad del donante en casos extremos de grave riesgo para la salud del hijo, como por ejemplo, si se hiciera necesario localizar al padre o madre biológico a fin de pedirle se prestara a un trasplante de médula ósea.). Ahora bien, el derecho a la vida y a la protección de la salud, sólo justificarían el acceso a los datos de identidad del donante en casos extremos de grave riesgo para la salud del hijo, como por ejemplo, si se hiciera necesario localizar al padre o madre biológico a fin de pedirle se prestara a un trasplante de médula ósea.⁹⁵

Desde la perspectiva de los donantes, la revelación de su identidad tiene su incidencia en el terreno de la intimidad personal, aspecto clave para muchos de ellos a la hora de decidir ceder o no sus gametos. Junto con la intimidad, el anonimato del donante garantiza también la estabilidad familiar que este último pueda tener o constituir en el futuro, y, asimismo, la estabilidad de la familia que recurrió a la reproducción artificial⁹⁶. Por estos motivos, salvo el caso de la

⁹⁴ Abellán, Fernando y Sánchez-Caro, Javier. *Bioética y ley en reproducción humana asistida: Manual de casos clínicos*. Granada, Comares, 2009, p. 90.

⁹⁵ Baccino Giulliana, (ed.), *op. cit*, p.94-96.

⁹⁶ García Ruiz, Yolanda., *Reproducción humana asistida. Derecho, conciencia y libertad*, Comares, 2004, p. 278.

revelación de la identidad por motivos de salud, es una medida de equilibrio razonable entre el conjunto de valores y bienes jurídicos en juego.

*Derecho a la intimidad en relación a su origen biológico*⁹⁷

De forma paralela al derecho a obtener información sobre su origen biológico, debe reconocerse un derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a que dicha circunstancia no tenga por qué ser conocida por terceros. Sin ninguna duda, haber nacido a causa de una fecundación artificial, y no digamos ya proceder de gametos de donante, es algo que pertenece al ámbito de la intimidad personal, y que, en consecuencia, el individuo afectado puede querer compartir o no.

Es importante que el niño conozca su origen pero eso no hace necesario que otras personas lo conozcan, es el niño quien en determinado momento decidirá si quiere compartirlo con otras personas.

II- DERECHOS FUNDAMENTALES INTERVINIENTES EN EL PROCESO DE MATERNIDAD SUBROGADA.

1. *Derecho a la Vida*

El derecho a la vida es el primero y más fundamental de los derechos humanos y, por ello, es el supuesto ontológico sin el cual los restantes derechos no tendrían existencia posible, lo que exige su respeto desde el inicio de la vida hasta su natural extinción.

Paradójicamente, este derecho frontal es, de entre los derechos humanos, el que viene siendo objeto de una interpretación más restrictiva, cediendo frente a otros derechos de menor rango e incluso frente a ciertos legítimos deseos que no merecen el calificativo de derechos, como pueden ser los de la mujer a su propio cuerpo (que se antepone al derecho a la vida del hijo y así se justifica el aborto); o el «derecho al hijo», pretendido derecho que no es más que un mero deseo no merecedor del calificativo de «derecho» (y así el hijo se transforma en objeto del

⁹⁷ Baccino Giulliana, (ed.), *op. cit.*, p.94-96.

derecho de propiedad de los padres y, por ello, objeto de negocio jurídico); o los de ciertos científicos a investigar; o incluso al derecho a la salud de los restantes seres humanos. Se produce de este modo una inversión de valores, en la que derechos secundarios se anteponen al principal y frontal derecho a la vida. Nuevamente nos encontramos ante una perversión del Derecho, pues la persona ya no es sujeto del Derecho, ya no es un fin en sí misma como ser trascendente, sino objeto de los derechos de otros y del negocio jurídico.⁹⁸

2. Derecho a la libertad de procreación

¿La procreación es una necesidad básica fundamental como para generar un derecho? Algunas personas sostienen que sí, que estos derechos están conferidos por el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁹⁹. Dicho artículo sostiene la declaración de que “Los hombres y las mujeres mayores de edad, sin ninguna limitación debida a su raza, nacionalidad o religión tienen derecho a casarse y a fundar una familia”.¹⁰⁰

En algunas ocasiones se habla de “derechos sexuales y reproductivos” y se considera que todos son un mismo conjunto de derechos sin embargo hay que distinguir a los derechos reproductivos de los derechos sexuales.

Los Derechos Reproductivos son definidos como los derechos que toda persona tiene para regular su capacidad reproductiva, incluyen el derecho fundamental de toda persona de determinar libremente el número y espaciamiento de los hijos, así como el derecho específico de disponer de servicios de planificación familiar.¹⁰¹

⁹⁸ Calvo Mejjide, Alberto, *op. cit.*, p.297.

⁹⁹ En 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹⁰⁰ Ochoa Hofman, Alfonso E., “El Derecho a tener hijos consideraciones éticas y morales”, en Brena, Sesma (coord.) *Reproducción asistida*, México, UNAM, 2012, p.86.

¹⁰¹ Avalos Caplin, Jimena, “Derechos reproductivos y Sexuales” en Ferrer McGregor, Eduardo, *et. al*, (coords.), *Derechos Humanos en la Constitución comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana II*, México, SCJN, 2013, p. 2269.

En nuestro Estado, los Derechos Reproductivos son derechos universales, es decir, les corresponden a todas y a todos los mexicanos: piensen como piensen, sean como sean, vivan donde vivan y hablen la lengua que hablen.

El Derecho a la Reproducción Humana es reconocido en el artículo 4o. de la Constitución Mexicana

“Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos...”. Invocan este precepto quienes, en afán de dar continuidad a su genética, acuden a las modernas técnicas científicas que les ofrecen la oportunidad de tener descendencia, en vez de adoptar niños que les son ajenos.

Por otro lado los Derechos Sexuales según la Organización Mundial de la Salud, definición retomada de la conceptualización de la salud sexual que es el derecho de alcanzar el nivel más posible de salud en relación con la sexualidad . sin embargo según Jimena Avalos Caplin, los Derechos Sexuales no deben limitarse solo a la salud sexual, sino que su definición incluye también el derecho a buscar, recibir e impartir información sobre la sexualidad, el derecho a recibir educación sexual, el derecho a que se respete la integridad física, el derecho a elegir pareja, el derecho a decidir si ser o no sexualmente activo, el derecho a mantener relaciones sexuales de mutuo acuerdo, el derecho a contraer matrimonio de mutuo acuerdo, y el derecho a llevar una vida sexual, satisfactoria y placentera.¹⁰²

3. *Dignidad Humana*

La palabra "dignidad" es abstracta y significa "calidad de digno". Deriva del adjetivo latino *dignus, a, um*, que se traduce por "valioso". De aquí que la dignidad es la calidad de valioso de un ente.¹⁰³

¹⁰² *Ibídem*, p.2270.

¹⁰³ Aguayo, Enrique, *El concepto de la persona humana*, México, ITAM, 2000, http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras41/notas1/sec_1.html

La dignidad humana remite a un presupuesto esencial, el valor que todo ser humano tiene en sí mismo, con independencia de cualquier otro factor, lo cual le hace merecedor de un respeto incondicionado. En este contexto, la dignidad de la persona remite a una cualidad exclusiva, indefinida y simple del ser humano, que designa su superioridad frente al resto de los seres, con independencia del modo de comportarse¹⁰⁴.

El Dr. Alfredo Islas Colín citando al maestro Jesús González Pérez nos dice que: “ser persona es un rango, una categoría que no tienen los seres irracionales. Esta presencia o superioridad del ser humano sobre los que carecen de razón es lo que se llama dignidad de la persona humana.”¹⁰⁵

Así pues todos los seres humanos sin distinción de edad, sexo, raza están dotados de dignidad, por lo cual no existe superioridad de un ser humano sobre otro pero si superioridad del ser humano sobre otros seres que carecen de razón.

La dignidad no puede ser considerada como un Derecho Humano o Fundamental, más bien, constituye la misma fundamentación de los Derechos Humanos. Estos son, precisamente, los bienes que exige la estructura ontológica de la persona, su dignidad, siendo un requisito inexcusable para su adecuada realización y desarrollo, o, lo que es lo mismo, se trataría de las exigencias que se derivan de su misma naturaleza, de acuerdo con su ser personal.¹⁰⁶

Por lo cual, toda persona goza de una dignidad que le hace estar por encima de otros seres vivos: animales o plantas; e incluso por encima del entramado social, pues dicha dignidad le hace un ser con un valor único y exclusivo y un fin en sí mismo, al margen de su situación o posición social o su papel dentro de la sociedad.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Aparisi, Miralles, Ángela, *op. cit.*, pp.201-221.

¹⁰⁵ Islas Colín, Alfredo, “Derecho a la dignidad”, *Perfiles de las ciencias sociales*, México, Año 03, No. 05, julio-diciembre 2015, p. 128.

¹⁰⁶ Aparisi, Miralles, *op. cit.*, p.216

¹⁰⁷ Calvo Meijide, Alberto, *op.cit.*,p.285

En la actualidad existen algunos debates respecto al concepto de dignidad humana, puesto que aunque es innegable que la dignidad, es una atribución innata y común a todos los seres humanos que estructura la construcción teórica de los Derechos Humanos. Sin la referencia a la dignidad humana éstos serían impensables como derechos universales e inalienables. Empero, las autoras Monique Pyrrho, Gabriele Cornelli y Volnei Garrafa establecen que este concepto, considerado inicialmente como de carácter innato, pasa a ser una *concepción de reconocimiento colectivo de una herencia histórica de civilización*. Fundamentadas en el hecho de La propia etimología del término "dignitas" y el uso antiguo parecen apuntar hacia un camino: dignidad no como algo innato, pero resultado de una atribución social de lo que constituye el *minimum* innegociable. De ese modo, dentro de una determinada cultura, la dignidad correspondería a un estatus, con su poder, derechos, privilegios, exigencias y obligaciones propias de un papel social.¹⁰⁸

Además la Suprema Corte de Justicia de la Nación en tesis jurisprudencial sostiene que;

... la *dignidad humana* no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un Derecho Fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la *dignidad de* todo individuo, entendida ésta -en su núcleo más esencial- como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Pyrrho, Monique, *et. al.*, "Dignidad humana. Reconocimiento y operacionalización del concepto" *Acta bioethica*, Santiago de Chile, v.15 n.1 2009,pp. 65-69.

¹⁰⁹ Tesis: 1a. CCCLIV/2014 (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tomo I Octubre de 2014, P. 602.

III. CONCEPTO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El interés superior del menor es un principio que prima sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir cuando se trate de asuntos concernientes a los menores.

Como seres humanos cada uno de nosotros gozamos de los mismos derechos sin distinción de raza, religión, edad , sin embargo como una sociedad variada existen diversas seres humanos que necesitan de una protección especial toda vez que se encuentran en un estado de vulnerabilidad, según la rae la vulnerabilidad se refiere a aquello que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente., por tal los sujetos vulnerables son aquellos que por ciertas deficiencias físicas o sociales puede ser lesionado, como por ejemplo los menores de edad, es por ello que surge el concepto del interés superior del menor.¹¹⁰

La vulnerabilidad se refiere a la propensión de las personas, sus medios de subsistencia, y sus activos (sus bienes y propiedades) a sufrir efectos adversos cuando son afectados por eventos potencialmente dañinos¹¹¹

Con las reformas a nuestra Carta Magna sobre Derechos Humanos, se incorporaron a ella distintos principios que reafirman el valor y dignidad de la persona humana, como es el caso del principio del interés superior del menor, que fue incorporado en el párrafo noveno del artículo 4 que a la letra dice:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con *el principio del interés superior de la niñez*, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su

¹¹⁰ Diccionario de la Real Academia Española

¹¹¹ Barranco Aviles, María y Churruca Muguruza Cristina, (editoras), *vulnerabilidad y protección de los Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014 p.43.

desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

El interés superior de la niñez es un término que sigue siendo debatido hasta nuestros días, el Comité sobre los Derechos del Niño en su observación general N° 14¹¹² estableció que este concepto debería considerarse desde tres puntos de vista como:

- a) **Un derecho sustantivo:** el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. b) **Un principio jurídico interpretativo fundamental:** si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo. c) **Una norma de procedimiento:** siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados.

Además respecto a la definición del interés superior del niño en México la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció y lo definió de la siguiente forma: *"la expresión 'interés superior del niño' ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores*

¹¹² Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial emitida por el comité sobre los derechos del niño.

para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño".¹¹³

El interés superior del niño busca otorgarle una protección y cuidado especial a los menores, que por razón de su edad y madurez se encuentran en un grado de vulnerabilidad respecto de los otros integrantes del grupo familiar, su principal objetivo es lograr el desarrollo holístico del niño que comprende su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social, por lo cual es obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para asegurar el disfrute pleno de todos sus derechos y por ello ha quedado protegido en la Constitución.

Alcance y protección del principio del interés superior del menor en los Códigos Familiares y Civiles de la República Mexicana

En México existen 32 entidades federativas de las cuales solo 7 Estados han emitido un Código de Familia entendiendo así una posible separación del Derecho de Familia y del Derecho Civil, los cuales analizaremos en orden cronológico según su fecha de publicación para determinar cuál es el grado de protección que le han otorgado los Derechos de los niños, niñas y adolescentes con la incorporación del término interés superior del niño.

- *Código de Familia para el Estado de Zacatecas*¹¹⁴

En este Código no se define que se debe entender por el principio del interés superior del menor, sin embargo si se considera en diversos momentos a lo largo del articulado del Código, se establece que se deberá proteger el interés

¹¹³ Criterio emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a./J. 25/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Libro XV, Tomo 1, Diciembre de 2012,p.334.

¹¹⁴ Publicado en el Periódico Oficial el 10 de mayo de 1986. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 7 de febrero de 2015.

superior de menor, en caso de divorcio , se protegerá el Derecho del niño a convivir con sus padres, derecho a recibir alimentos, permite la custodia compartida para el mejor bienestar de los menores, derecho de los niños a ser escuchados y que sus opiniones sean tomados en cuenta en todas las medidas concernientes a ellos, el derecho de los niños que sean sujetos a una adopción internacional previo análisis de que es la decisión que mayor beneficio le otorgara, el derecho de los niños a que quien ejerza su patria potestad sea quien o quienes mayor beneficio, protección y estabilidad le puedan otorgar.

- *Código Familiar para el Estado de Morelos*¹¹⁵

Se protege el interés superior del menor en casos de guarda y custodia, patria potestad en caso de hijos nacidos fuera del matrimonio, adopción, adopción internacional.

- *Código de Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo*¹¹⁶

Al igual que en el Código anterior no se define que es el interés superior del menor pero sí se protege en diversos artículos estableciéndose la obligación de las autoridades de que en todas las medidas concernientes a los niños se debe velarse por su interés, también en la sección segunda de los matrimonios nulos se establece que cuando se de esta situación se debe buscar la protección de los derechos de los menores, se debe proteger los derechos de guardia y custodia, el derecho a quien ejerza la patria potestad sea quien pueda brindar mayor un ambiente sano para lograr su pleno desarrollo, derecho de convivencia, además establece que las autoridades facultadas para intervenir en el caso de adopción , deben proteger el interés superior del menor, además establece que basados en el interés superior del menor, este tiene derecho a ser escuchado y a que su

¹¹⁵Publicado en el Periódico Oficial el 6 de septiembre de 2006. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 1 de febrero de 2012.

¹¹⁶Publicado en el Periódico Oficial el 11 de febrero de 2008. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 19 de agosto de 2014.

opinión sea tomada en consideración cuando su edad y grado de madurez lo permitan, aunado a todo ello se establece que no pueden los progenitores oponerse a las relaciones entre el menor y su familia pues uno de los derechos principales de los niños es el derecho a tener una familia y derecho a su identidad, por lo cual si hay oposición el juez debe resolver en base al interés superior de este, en todo momento se enmarca la obligación del juez de velar de forma oficiosa porque se proteja el interés superior del menor.

- *Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí*¹¹⁷

Este Código tampoco expone una definición de lo que es el interés superior del menor, pero sí establece que se debe proteger en diversos casos, establece que el interés superior del menor es uno de los principios rectores del Derecho de Familia, sustentando lo anterior en cuanto a que se debe proteger el interés superior del menor en caso de conflictos familiares para lograr mantener la estabilidad y armonía familiar. Otro caso es cuando exista nulidad del matrimonio el juez deberá velar por la protección de los Derechos de los menores a recibir alimentos, sobre su guarda y custodia, patria potestad y si las circunstancias lo permiten tomar en consideración la opinión de los menores, se establece además que en caso de tutela pactadas es necesario que las estipulaciones salvaguarde el *interés superior de la o el menor*.

- *El Código de Familia para el Estado de Sonora*¹¹⁸

En este Código al igual que en los otros no se define que es el interés superior del menor pero si se establece que debe ser protegido en distintos casos, se protege el derecho del niño a ser escuchado y que su opinión sea tomada en cuenta según las circunstancias en razón de su edad y madurez. Se faculta al juez para que proteja el derecho de los menores de edad respecto de la guarda y

¹¹⁷ Publicado en el Periódico Oficial el 18 de diciembre de 2008. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 17 de septiembre de 2015.

¹¹⁸ Publicado en el Periódico Oficial en abril de 2011. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 15 de junio de 2015.

custodia, el monto por concepto de alimentos y la forma de garantizar su pago, en caso de que exista nulidad del matrimonio.

A diferencia de los Códigos anteriores, no basta con celebrar un convenio, si no incorporan la facultad de vigilar que al celebrarse éste sea protegido y garantizado el interés superior del o los menores. Se protege además el Derecho de convivencia del niño con sus familiares, pues para lograr el desarrollo holístico del niño, objetivo primordial del interés superior del menor es importante que este pueda relacionarse con su grupo familiar, siempre que exista un ambiente propicio para ello.

- *El Código de Familia para el Estado de Yucatán*¹¹⁹

En este Código no es definido el término interés superior del menor pero sí se protege a lo largo de todo el articulado. En primer lugar, se hace diferenciación entre el interés superior del niño o niña y del adolescente, así es que establece que al momento de que el juez decreta la dispensa de edad para el matrimonio entre adolescentes, deberá atender al interés de estos. En este Código, se protege el derecho de los menores a recibir alimentos, derecho a determinar quién ejercerá su cuidado y custodia y su derecho a convivir y relacionarse con sus progenitores. Establece la facultad del juez de en caso de divorcio decretar todas las medidas provisionales necesarias para salvaguardar el interés superior de los menores. Aunado a ello también se refiere al convenio anexado en caso de solicitud de un divorcio necesario que debe proteger el interés superior del menor, por lo cual el juez está facultado para prevenir el presente convenio en caso de que no lo proteja al igual que el Código de Sonora. Establece el derecho de los menores a ser escuchados y que su opinión sea tomada en cuenta en razón de su edad y madurez para determinar las modalidades en que se establecerá el derecho de visita y convivencia con sus progenitores y cuando exista un juicio de impugnación de

¹¹⁹ Publicado en el Periódico Oficial el 16 de octubre de 2007. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 12 de junio de 2015.

la paternidad o maternidad, también debe ser protegido en caso de conflicto sobre patria potestad además establece que la adopción nacional como internacional debe siempre ser benéfica para la niña, niño o adolescente. En caso de tutela testamentaria también debe protegerse el interés del menor.

- *El Código Familiar del Estado de Sinaloa*¹²⁰

Este Código es el único de todos los Códigos de Familia existentes en la República mexicana que en su articulado establece que se entenderá por el término interés superior del menor, definiéndolo de la siguiente forma:

.....la prioridad que los tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos, han de otorgar a los derechos fundamentales de los niños, respecto de los derechos de cualquier persona, con el fin de garantizarles un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible.....¹²¹

Esta normativa familiar establece además una serie de principios de ponderación que deben tomarse en cuenta en caso de conflictos, siendo estos los siguientes:

I.-Acceso a la salud física y psicoemocional, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal; II.-Un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar; III.-El desarrollo de la personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos; IV.-El fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de edad de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; V.-Su seguridad sexual; VI.-Saber su identidad; VII.-Su Desarrollo pleno; VIII.-Protección contra influencias peligrosas, los malos tratos y la explotación; IX.-Plena

¹²⁰ Publicado en el Periódico Oficial el 6 de febrero de 2013. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 16 de agosto de 2013.

¹²¹ Artículo 8. Código familiar para el estado de Sinaloa

participación en la vida familiar, cultural y social; y, X .- Los demás derechos que a favor de los niños reconozcan la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Tratados Internacionales aplicables y otras.

Además establece que el principio del interés superior del niño deberá primar en todas las medidas que se emitan concernientes de los niños. En caso que el niño padezca alguna enfermedad, cuando sus padres no autoricen algún tipo de tratamiento médico, el juez podrá intervenir para analizarlo protegiendo así el interés superior del niño. En relación a la voluntad del menor, se sostiene que los hijos sean escuchados respecto al derecho de visitas y convivencia con sus padres, también que cualquier instrumento de maternidad subrogada celebrado en contra del interés superior del niño será nulo, respecto a la adopción establece que en todo momento del procedimiento se deberá velar por el interés superior del menor, derecho a que se determine quién ejercerá su cuidado y custodia y la patria potestad fundados en el mayor beneficio para los menores, el Derecho de los niños de convivir con sus parientes, además prevé que en caso de sustracción, traslado o retención de un menor, se deberá restituir al menor de forma inmediata si no se hiciere así se hora mediante mandato para así proteger el interés superior del menor.

La observancia por los operadores jurídicos de la protección del menor en las leyes federales y estatales así como las otorgadas en los diversos instrumentos internacionales, para que los derechos de los menores sean protegidos amplia y plenamente para lograr el mayor bienestar para los menores, resulta de mayor importancia que la promulgación de un Código de Familia.

Tabla 7.- Análisis de la protección del principio del interés superior del menor en los Códigos Civiles de la República Mexicana.

El Interés superior del menor en los Códigos Civiles de la República Mexicana.		
Aguascalientes	Código Civil del Estado de Aguascalientes ¹²²	Específicamente se utiliza la expresión interés superior del menor y se establece su protección en los casos de guardia y custodia, patria potestad, separación de los parientes con los menores. (art.439,440)
Baja California	Código Civil para el Estado de Baja California ¹²³	Se utiliza la expresión interés superior del menor únicamente en los artículos que establecen las reglas de la adopción. (arts.387,391,395)
Baja California Sur	Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur. ¹²⁴	En este Código no se utiliza la expresión “interés superior del menor” sin embargo se habla de la medida <i>más benéfica para el menor</i> en los caso de guardia y custodia, <i>intereses de los menores</i> en el casos de la adopción e <i>intereses de los hijos</i> en casos de patria potestad, término que asemejan al objetivo del interés superior del menor. (arts.391, 424 y 476)

¹²² Publicado en el Periódico Oficial el 7 de diciembre de 1947. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 2 de febrero de 2015.

¹²³ Publicado en el Periódico Oficial No. 3, de fecha 31 de enero de 1974, Sección I, Tomo LXXXI Última reforma P.O. No. 25, Secc. I, 29-Mayo-2015

¹²⁴ Publicado en el Boletín Oficial del Gobierno del Estado de Baja California Sur el 19 de Julio de 1996. Última reforma publicada BOGE 31-03-2015

Campeche	Código Civil del Estado de Campeche ¹²⁵	El interés superior del menor en los casos de adopción, derecho del niño de convivir con su familia, guarda y custodia, patria potestad. (arts.397,406,414,438 bis,458,459.)
Chiapas	Código Civil para el Estado de Chiapas ¹²⁶	Se protege el interés superior del menor en los casos de guarda y custodia, patria potestad, adopción, derechos de alimentación, protección de los bienes del menor en caso de tutor. (arts.256,278,279,375,385,412,459,490,492,535, 536.)
Chihuahua	Código Civil del Estado de Chihuahua ¹²⁷	Protección del derecho a la identidad, guarda y custodia, casos de adopción, patria potestad, derecho igualitario de los padres (arts.64, 154, 246, 247, 248, 256 bis,357, 367,386 TER,394.)
Coahuila	Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza ¹²⁸	Se protege el <i>interés superior de la infancia</i> en caso de conflicto donde participen menores, en el articulado de este Código en donde se regula cuestiones de menores se establece que se tomara la medida que mayor favorezca al menor. (arts.21,38,)
Colima	Nuevo Código Civil para el Estado de	Se utiliza el término <i>interés superior de la infancia</i> , cuando se regula la protección del menor,

¹²⁵ Publicado en el Periódico Oficial el 13 de octubre de 1942. Última reforma el 22 de Noviembre de 2013

¹²⁶ Publicado en el Periódico Oficial el 2 de febrero de 1938. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 27 de noviembre de 2014.

¹²⁷ Publicado en el Periódico Oficial del Estado No. 24 del 23 de marzo de 1974, Última reforma publicada en el Periódico oficial el 25 de junio de 2014.

¹²⁸ Publicado en el Periódico Oficial, el viernes 25 de junio de 1999. Última reforma publicada en el periódico oficial el 15 de diciembre de 2015.

	Colima ¹²⁹	relacionada con la elección de los cónyuges de elegir a que actividad se dedican para proporcionar los alimentos, además el término <i>interés superior de los hijos, en caso de guarda y custodia, interés superior de los menores</i> en caso de adopción e <i>interés superior del menor</i> en casos de patria potestad, (arts.169,282,380,390-f,410-i,415,410-V,410 y 416.)
Distrito Federal	Código Civil para el Distrito Federal. ¹³⁰	Se protege el interés superior del menor en casos de guarda y custodia provisional en caso de divorcio, caso de impugnación de la maternidad o paternidad, guarda y custodia, <i>interés superior de la persona adoptada</i> casos de adopción, patria potestad guarda y custodia, tutela a diferencia de los Códigos estudiados hasta el momento en este se establece que debe entenderse con la expresión “interés superior del menor”: <i>Artículo 416 Ter.-</i> Para los efectos del presente Código se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos: I.- El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal; II.-

¹²⁹ Publicado en el Periódico Oficial el 25 de Septiembre de 1954. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 5 de septiembre de 2015.

¹³⁰ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928. Última reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 05 de febrero de 2015.

		<p>El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar; III.- El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos; IV.- Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y V.- Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.</p> <p>Arts. 282, 336,380,392,402,414 bis, 416,416-bis,417, 494-D.</p>
Durango	Código Civil para el Estado de Durango ¹³¹	Se utiliza la expresión interés superior del menor para proteger el derecho de los niños respecto a la guarda y custodia, patria potestad, tutela, Derecho de visita, impugnación de maternidad y paternidad, Arts. 277,331,375,376,412,478.
Estado de México	Código Civil para el Estado de México ¹³²	Se protege el interés superior de los menores en casos de divorcio de los padres, derecho a recibir alimentos, guarda y custodia, patria potestad, protección del patrimonio familiar. Arts. 4.95, 4.96, 4.139, 4.205,4.228.
Guanajuato	Código Civil para el Estado de	Se protege el interés superior del menor en casos

¹³¹ Publicado en el Periódico Oficial del Estado el 22 de enero de 1948. Última reforma publicada en el periódico oficial el 28 de diciembre de 2014.

¹³² Publicado en el Periódico Oficial el 7 de junio de 2002. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 3 de febrero de 2016.

	Guanajuato. ¹³³	de guarda y custodia, derecho de visitas, derecho a ser escuchados, casos de adopción, patria potestad, derecho a convivir con su familia, protección de los bienes de los menores. Arts. 315,336,464-j,468,474-a, 479,337,436,471.
Guerrero	Código Civil del Estado Libre y Soberano de Guerrero. ¹³⁴	En caso de adopción, guarda y custodia, adopción, y patria potestad. Arts.557,480,481,539,540,554,555,597,611,628,629 .
Hidalgo	Código Civil para el Estado de Hidalgo ¹³⁵	Se regula el Interés superior del menor en el Código Familiar para el Estado de Hidalgo.
Jalisco	Código Civil para el Estado de Jalisco ¹³⁶	Se protege el interés superior de los menores en casos de guarda y custodia, patria potestad, derecho de los hijos de convivir con su familia, casos de adopción, en este Código además se establece un capítulo que protege ampliamente todos los derechos de los niños incluidos en la constitución y en los tratados internacionales,

¹³³ Publicado en el Periódico Oficial el 14 de mayo de 1967. Última reforma publicada en el Periódico Oficial del gobierno del Estado número 146, segunda parte, de fecha 11 de septiembre de 2015.

¹³⁴ Publicado en el Periódico Oficial el 2 de marzo de 1993. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 24 de julio de 2015.

¹³⁵ Publicado en el Periódico Oficial el 8 de octubre de 1940. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 22 de diciembre de 2014.

¹³⁶ Publicado en el Periódico Oficial el 25 de febrero de 1995. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 5 de septiembre de 2015.

**TÍTULO SEPTIMO
De la Niñez**

**CAPÍTULO I
De los Niños, Niñas y Adolescentes**

Artículo 567. Los niños, niñas y adolescentes deben ser objeto de especial atención, cuidado y reconocimiento.

Se entiende por niñez, la etapa de vida en los seres humanos que comprende la gestación, el nacimiento, la primera y segunda infancia, la pubertad y adolescencia hasta alcanzar los dieciocho años de edad.

Artículo 568. La niñez gozará de los derechos reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Tratados Internacionales de los que México sea parte, la Constitución Política del Estado, La Ley de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes del Estado, este código y todas aquellas disposiciones que atiendan el interés superior de la niñez.

Artículo 569. Ninguna de las disposiciones enunciadas en este código, debe ser interpretada en forma restrictiva respecto de los derechos y de los intereses superiores de la niñez, sino que las normas aplicables a niños, niñas y adolescentes, se entenderán dirigidas a procurarles, primordialmente, los cuidados y la asistencia que requieren para lograr un crecimiento y desarrollo plenos dentro de un ambiente de bienestar familiar y social.

En todos los casos la autoridad judicial y administrativa atenderá al interés superior de la niñez.

Artículo 570. Se entenderá por interés superior de la niñez al conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar a niños, niñas y adolescentes, los alimentos y una vida digna para alcanzar el máximo bienestar posible.

Cuando se vaya a tomar una determinación relacionada con el interés superior de una persona

	<p>menor de edad, deberá oírsele y considerársele su opinión, la cual deberá ser valorada en función de su edad y madurez.</p> <p>Artículo 571. Las actuaciones administrativas y judiciales atenderán al interés superior de la niñez, para tal efecto se observará que:</p> <p>I. Los derechos de la niñez sean preferentes sobre cualquier otro derecho;</p> <p>II. El derecho de los adultos no condicione el ejercicio de los derechos de la niñez;</p> <p>III. Los vínculos afectivos y la convivencia existentes entre padres e hijos permanezcan, salvo que existan razones determinantes para restringirla o suspenderla;</p> <p>IV. Se reincorpore en la medida de lo posible a los niños, niñas y adolescentes a su ambiente familiar;</p> <p>V. Las medidas que promuevan la recuperación física y psicológica, así como la reincorporación a un ambiente familiar y social garanticen el respeto de su personalidad individual;</p> <p>VI. La identidad de las personas menores de edad se resguarde de cualquiera que no sea parte;</p> <p>VII. En el desarrollo de las actuaciones se garantice que la persona menor de edad pueda gozar de privacidad que facilite su comunicación libre y espontánea y de asistencia profesional especializada; y</p> <p>VIII. La persona menor de edad sea escuchada en privado, siempre con respeto a sus derechos, sin la presencia o intervención de quienes personifiquen o representen intereses contrarios a los suyos.</p> <p>Para efecto de lo dispuesto por la fracción VII, podrán autorizarse entrevistas previas a la audiencia de escucha, quedando el padre o madre custodio o quien ejerza la guarda y custodia personal o institucional obligado a dar cumplimiento a los requerimientos del asistente designado por el Juez.</p>
--	--

		Arts. 400, 468,532,556, 567,568,569,570,582,
Michoacán de Ocampo.	Código Civil para el Estado de Michoacán de Ocampo ¹³⁷	Regula el interés superior del menor en el Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo.
Morelos	Código Civil para el Estado de Morelos ¹³⁸	Regula el interés superior del menor en el Código de Familia para el Estado de Morelos.
Nayarit	Código Civil para el Estado de Nayarit ¹³⁹	Se protege el interés superior del menor en casos de guarda y custodia, patria potestad, adopción, adopción internacional, derecho de convivencia con su familia, protección de los bienes del hijo. Arts.275, 276,372, 389, 390, 391, 402-d, 402n, 406, 408, 409, 412, 484,433.
Nuevo León	Código Civil para el Estado de Nuevo León ¹⁴⁰	Se protege el interés superior del menor en casos de guarda y custodia, patria potestad, adopción, protección de convivir con sus familiares, protección de los derechos del niño en caso de permanecer con una familia de acogida. Arts. 283,390,395,401,414, 414 bis, 415 bis,417 bis,

¹³⁷ Publicado en el Periódico Oficial del Estado el 11 de febrero de 2008. Última reforma publicada en el periódico oficial el 3 de febrero de 2012.

¹³⁸ Publicado en el Periódico Oficial el 13 de octubre de 1993. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 11 de diciembre de 2008.

¹³⁹ Publicado en la segunda sección del Periódico Oficial del estado de Nayarit, el sábado 22 de agosto de 1981. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 27 de mayo de 2015.

¹⁴⁰ Publicado en el periódico oficial, el sábado 6 de julio de 1935. Última reforma publicada en el periódico oficial número 65 del 27 de mayo de 2015.

		417- bis 11,417 bis 13, 420.
Oaxaca	Código Civil para el Estado de Oaxaca. ¹⁴¹	Protección del interés superior del menor, se regula sus derechos de guarda y custodia, patria potestad, en caso de herencia, derecho de convivencia con su familia, caso de adopción. Arts.166, 212, 294, 296, 394, 412, 425, 428,429.
Puebla	Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla. ¹⁴²	Protege el interés superior del menor en caso de controversias de negocios familiares, controversias de sus padres, guarda y custodia, patria potestad, casos de adopción. Arts.294,322,329,424,452,579bis,609,613,623,628, 637.
Querétaro	Código Civil del Estado de Querétaro. ¹⁴³	Este Código Civil enuncia y define que será considerado como interés superior del menor: Art. 23..... Para los efectos del presente Código, se entenderá como interés superior la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de los menores, respecto de los de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos: I. El acceso a la salud física y mental, alimentación y

¹⁴¹ Última reforma: decreto 1237, aprobado el 26 de marzo del 2015 y publicada en el Periódico Oficial no. 19 octava sección del 9 de mayo del 2015. Código publicado en el alcance al Periódico Oficial del estado de Oaxaca, el sábado 25 de noviembre de 1944.

¹⁴² Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla publicado el 30 de abril de 1985. Última reforma 9 de marzo de 2015.

¹⁴³ Publicado en el periódico oficial el 10 de noviembre de 1872. Última reforma 22 de mayo de 2015.

		<p>educación que fomente su desarrollo personal; II. El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia; III. El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos; IV. El fomento de la responsabilidad personal y social, así como la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y V. Los demás derechos que a favor de las niñas, niños y adolescentes reconozcan otras leyes y tratados aplicables.</p> <p>Protege los derechos de guarda y custodia, todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la patria potestad, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores, casos de adopción, protección del menor de que nadie intervenga en la decisión judicial sobre su guarda y custodia, obligación de los jueces de proteger el interés superior del menor,</p> <p>Arts.239,261,262,296,367,377,384,386,387,395,446,447,448,622,630,631,632.</p>
Quintana Roo	Código Civil para el Estado de Quintana Roo ¹⁴⁴	<p>Protegen el interés superior del menor en casos de Patria potestad, Guarda y custodia,</p> <p><i>Artículo 984.</i>- El Estado tiene interés en la niñez. <i>Artículo 985.</i>- El interés a que se refiere el artículo anterior es público y comprende la gestación, el nacimiento, la primera y segunda infancia y la</p>

¹⁴⁴ Publicado en el Periódico Oficial del Estado el 8 de octubre de 1980.Última Reforma Publicada en el Periódico Oficial del Estado el día 24 de julio de 2015.

		<p>pubertad.</p> <p><i>Artículo 986.-</i> El interés del Estado en la niñez abarca sus aspectos físicos, psicoemocionales, educativos y culturales.</p> <p><i>Artículo 987.-</i> La patria potestad, la tutela, la adopción y la educación pública son instituciones a través de las cuales el Estado realiza el interés que tiene en la niñez.</p> <p><i>Artículo 990 BIS.-</i> Para los efectos del presente Código se considerará como interés superior del menor, la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:</p> <p>I.- El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal, sin estereotipos ni condicionamientos de género;</p> <p>II.- Un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar;</p> <p>III.- El desarrollo de la estructura de la personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos;</p> <p>IV.- El fomento de la responsabilidad personal y social, así como la toma de decisiones de la persona menor de edad de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y</p> <p>V.- Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños</p> <p>Arts.815, 914,915, 990 bis,994 bis.</p>
San Luis Potosí.	Código Civil para el Estado de San Luis Potosí. ¹⁴⁵	Regula el interés superior del menor en el Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí.
Sinaloa	Código Civil para el Estado de Sinaloa ¹⁴⁶	Regula el interés superior del menor en el Código Familiar para el Estado de Sinaloa.

¹⁴⁵Publicado en el Periódico Oficial el 2 de febrero de 1938. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 27 de noviembre de 2014.

¹⁴⁶Publicado en el Periódico Oficial el 23 de julio de 1940. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 6 de febrero de 2013.

Sonora	Código Civil para el Estado de Sonora ¹⁴⁷	Regula el interés superior del menor en el Código Familiar para el Estado de Sonora.
Tabasco	Código Civil para el Estado de Tabasco. ¹⁴⁸	Protege el interés superior del menor en casos de guarda y custodia, patria potestad, facultad del juez de velar por el interés superior del menor, adopción. Arts. 249,250,281,366,367,401,424,426,456.
Tamaulipas	Código Civil para el Estado de Tamaulipas ¹⁴⁹	Protección del interés superior del menor en casos de guarda y custodia, patria potestad y derecho de convivencia. Arts. 260, 344, 386,387, 389,395.
Tlaxcala	Código Civil para el Estado de Tlaxcala ¹⁵⁰	El interés superior del menor es protegido respecto del derecho de los padres de proporcionar educación, alimentos, administración de los bienes, además en caso de guarda y custodia, derecho de alimentos, patria potestad. (arts.49,56,58,64,99,100,118,122,215,216,228,267, 269)
Veracruz	Código Civil para el Estado de Veracruz	Se protege el interés superior de los niños en casos de guarda y custodia, patria potestad, adopción,

¹⁴⁷ Publicado en el Periódico Oficial el 24 de agosto de 1949. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 15 de junio de 2015.

¹⁴⁸ Publicado en el Periódico Oficial el 9 de abril de 1997. Última reforma publicada en el Periódico Oficial en febrero de 2016.

¹⁴⁹ Publicado en el Periódico Oficial el 10 de enero de 1987. Última reforma aplicada P.O. del 14 de julio de 2015

¹⁵⁰ Publicado en el Periódico Oficial el 20 de octubre de 1976. Última Reforma Publicada en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado el día 12 de enero de 2007.

	de Ignacio de la llave ¹⁵¹	derecho de convivencia, protección de los bienes del hijo. Arts.102,157,305,322,345,346,369,370,373.
Yucatán	Código Civil para el Estado de Yucatán. ¹⁵²	Regula el interés superior del menor en el Código Familiar para el Estado de Yucatán.
Zacatecas	Código Civil para el Estado de Zacatecas ¹⁵³	Regula el interés superior del menor en el Código Familiar para el Estado de Zacatecas.

IV. LA FILIACIÓN

La filiación comienza con el nacimiento y posee una dimensión meta natural —esto es, jurídica, cultural y ética— que la transforma en una institución trascendida por proyecciones legales. La pregunta sobre ¿por qué? se ha de privilegiar el principio de verdad material o biológica, u otro factor ajeno a la biología, en la determinación de la filiación, en aras de procurar el mejor interés del menor, encuentra su respuesta en que la relación paterno-filial no es, sino un medio para tutelar los derechos del hijo. La determinación de la filiación cuando se hace en base a un criterio material permite a los hijos conocer su origen biológico y su identidad. Por otro lado, al determinarse la filiación se obliga a que los progenitores asuman sus deberes frente a sus hijos. Sin embargo, el interés del menor aconseja en

¹⁵¹ Publicado en el Periódico Oficial el 15 de septiembre de 1932. Última reforma publicada en la gaceta oficial: 26 de mayo de 2015.

¹⁵² Publicado en el Periódico Oficial el 31 de diciembre de 1993. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 12 de junio de 2015.

¹⁵³ Publicado en el Periódico Oficial el 24 de mayo de 1986. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 31 de diciembre de 2014.

algunos supuestos o bien no establecer un lazo legal entre hijos y progenitores, o bien interrumpirlo para evitar males psicológicos, y aun físicos, en la persona en formación.¹⁵⁴

El término filiación, deriva del latín *filius* hijo, De Pina establece que la filiación “equivale a procedencia de los hijos respecto de sus padres”, de modo que significa “una relación de origen, que permite señalar una ascendencia precisa a la persona física”.¹⁵⁵

Domínguez Martínez establece que es “una situación jurídica en cuyo contenido se listan un cumulo de derechos y obligaciones reciprocas con el padre y el hijo como sujetos, y que reconocen su origen simple y llanamente en el hecho de la procreación”.¹⁵⁶

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que “la filiación es una situación jurídica entre los padres y su hijo, de la que nacen derechos y obligaciones entre los miembros de un mismo grupo”¹⁵⁷

Baqueiro Rojas menciona que la filiación es considerada como la relación jurídica de los hijos con su padre y madre.¹⁵⁸

Por lo cual el término filiación hace referencia al vínculo jurídico que, con fundamento en el fenómeno biológico de la procreación o, en su caso, en un acto jurídico, une a dos personas, a las que se les atribuye el carácter de hijo y padre o madre, y en virtud del cual surgen entres estas derechos y obligaciones.

¹⁵⁴ Uría Acevedo, María de las Mercedes Ales, *El derecho a la identidad en la filiación*, Sevilla, Tirant Lo Blanch, 2012, pp.215.

¹⁵⁵ De Pina, Rafael, *Elementos del Derecho Civil Mexicano. Introducción, personas, familia*, 15ª. ed. México Porrúa, 1986, p.347.

¹⁵⁶ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil, Familia, México, Porrúa, 2008, p.462.*

¹⁵⁷ Tesis: I.7o.C.102 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVII, Marzo de 2008, p. 1770.

¹⁵⁸ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía, *op. cit.*, p.227.

Tabla 8.- Elementos del concepto de filiación ¹⁵⁹

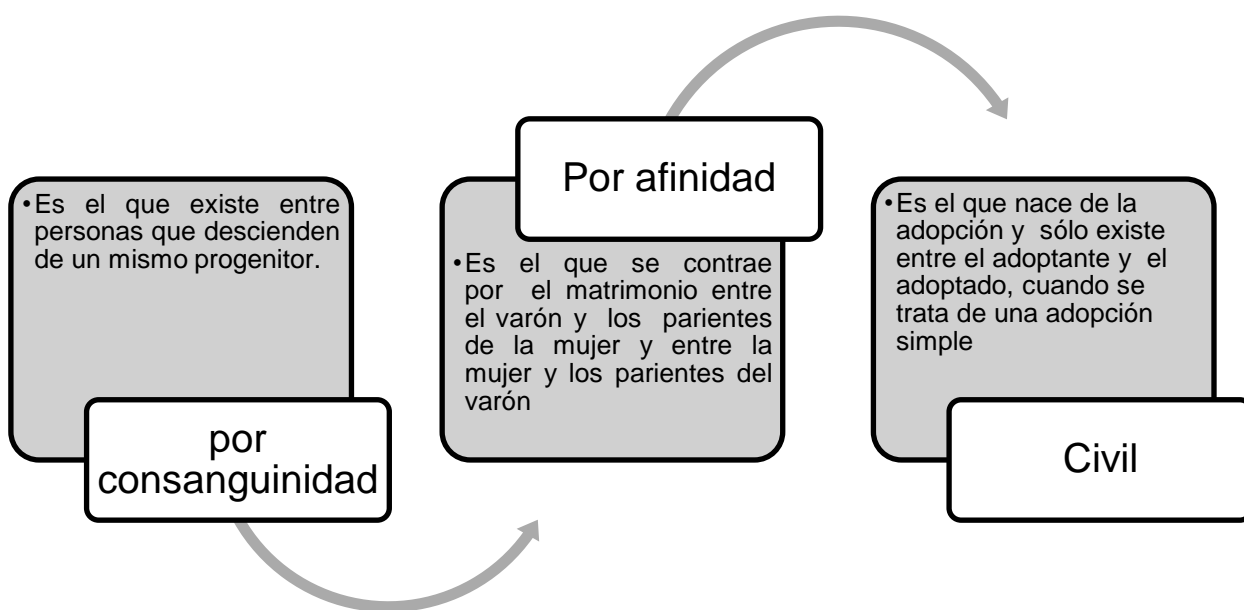
Filiación	
Es un vínculo jurídico	Se trata de una unión reconocida y regulada por el derecho a la cual se le atribuye efectos legales.
Tiene su origen en el fenómeno biológico de la procreación o en su caso es un acto jurídico.	Por regla general, el fenómeno biológico de la reproducción, que se explica por la ley natural de la conservación de la especie, es el fundamento de la filiación, de modo que esta última se traduce en la expresión jurídica de aquel o. sin embargo también se han equiparado a ella algunas relaciones surgidas de la celebración de ciertos actos jurídicos, como por ejemplo la adopción, siendo esta la razón por la que dichos actos han sido considerados también fuente de filiación.
Une al hijo con su padre y madre.	Se trata como lo señala Gámez Perea, del “puente de hija o hijo a padre o madre”. La filiación es el vínculo jurídico existente entre los hijos y sus padres y, como tal, es la fuente primordial de la familia.

En el Código Civil para el Estado de Tabasco el tema de la filiación está regulado en el Título séptimo del parentesco y de los alimentos del artículo 287 al

¹⁵⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *temas selectos de Derecho Familiar. Paternidad.*, México, 2014, pp.4-5.

291, en ellos se establece que la ley reconoce el parentesco por consanguinidad, afinidad y civil.

Cuadro explicativo de los tipos de parentesco según el Código Civil para el Estado de Tabasco.



Tipos de filiación ¹⁶⁰

Filiación consanguínea

Proviene del fenómeno biológico y a su vez se clasifica en:

- Filiación matrimonial:

Se trata de la relativa a los hijos concebidos por una pareja unida en matrimonio, de modo que puede conceptuarse como el nexo jurídico que une al hijo con sus progenitores, entre quienes existen un vínculo conyugal.

- Filiación Extramatrimonial

Con su nombre lo indica, este tipo de filiación es la relativa a los hijos habidos fuera de matrimonio, esto es, aquellos que han sido engendrados por personas no casadas entre sí.

¹⁶⁰ *Ibidem*, pp.6-7.

Se trata, por tanto, del lazo jurídico existente entre el hijo y sus padres, no unidos en matrimonio civil.

*Filiación Civil*¹⁶¹

Encuentra su origen en una ficción legal, en un acto jurídico al que la ley le ha dado el carácter de fuente de filiación, y se subdivide en:

Adoptiva: este tipo de filiación, como su nombre lo indica, surge en el caso de la adopción, en virtud de la cual una persona, a la que se le conoce como adoptante, recibe como hijo a otra, denominada adoptado, entre quienes surgen relaciones análogas a las que resultan de la filiación y la paternidad.

Asistida: tecnologías de la reproducción se han constituido en sistemas de reproducción alternos al natural, al igual que este, dan origen a un ser humano y, por ende, se han considerado también como fuentes de la filiación, caso en el que el vínculo constitutivo de ésta se establece entre el hijo concebido mediante la aplicación de los referidos métodos y el hombre y la mujer que se sometieron a ellos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en criterio jurisprudencial ha sostenido respecto a la filiación los alcances y límites del principio de la verdad biológica correlacionado con el Derecho al niño a conocer su origen biológico¹⁶²

El artículo 7, numeral 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño, consagra el derecho a conocer a sus padres en la medida de lo posible; por su parte, el artículo 8, numeral 1, de la propia convención, dispone que los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, así como su nacionalidad, nombre y relaciones familiares, de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas. Lo anterior implica que cuando la realidad de un vínculo biológico no se refleja en el plano jurídico, debe reconocerse el derecho de la persona (sea mayor o menor de edad) a lograr el estado de familia que corresponde con su relación de sangre y, para ello, deberá contar con las acciones pertinentes, tanto

¹⁶¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, p.6.

¹⁶² Criterio emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. CCCXXI/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época Libro X, Tomo 1, diciembre de 2014, p.334.

para destruir un emplazamiento que no coincida con dicho vínculo como para obtener el que logre la debida concordancia. En este sentido, la filiación constituye un derecho del hijo y no una facultad de los padres a hacerlo posible, por lo que la tendencia es que la filiación jurídica coincida con la filiación biológica; sin embargo, dicha coincidencia no siempre es posible, bien por la propia realidad del supuesto de hecho, o porque el ordenamiento hace prevalecer en el caso concreto otros intereses que considera jurídicamente más relevantes. Así, en el primer grupo de supuestos se encuentran, ejemplificativamente, la filiación adoptiva y las procreaciones asistidas por donación de gametos; en estos casos, la propia legislación establece la filiación sin que exista el vínculo genético. El segundo lo conforman, por ejemplo, algunas de las normas que se ocupan de la determinación extrajudicial de la filiación o que privilegian un estado de familia consolidado en el tiempo, dando preeminencia a la estabilidad de las relaciones familiares y a la seguridad jurídica en aras del propio interés superior del menor.

V. MODOS DE FILIACIÓN EN LA MATERNIDAD SUBROGADA

La doctrina, tanto española como internacional, es constante en afirmar que las nuevas técnicas de reproducción humana asistida han convulsionado y siguen convulsionando el Derecho de Familia, especialmente en el campo de la filiación. Esta repercusión, que no se limita al campo de la ética, sino que invade el Derecho (especialmente el privado) obliga a redefinir conceptos como los de paternidad, maternidad y progenitura ya que, por primera vez en la historia de la humanidad, es factible disociar procreación de acto sexual y fecundación de gestación.¹⁶³

Como se establece en el párrafo anterior debido al avance de la ciencia médica en el tema de las técnicas de reproducción humana asistida, se han ido ocasionando modificaciones a conceptos tradicionales de institución romana, como son la maternidad y la paternidad, anteriormente el principio romano “*la mater semper certa est*” prevalecía sin discusión, sin embargo con los avances de la ciencia médica que hemos estudiado, este principio ha sido superado debido a

¹⁶³ Uría Acevedo, María de las Mercedes Ales, *op, cit*, pp.200-223.

que con la realización de estas nacen múltiples maternidades y la madre genética no siempre será aquella que da a luz, asimismo respecto a la paternidad el principio "*pater is est quem nuptiae demonstrante*"¹⁶⁴ " el cual ya admitía excepciones , las cuales aumentan con la aplicación de estas técnicas, razón por la que ya no debe ser el criterio biológico el único imperante para asignar la maternidad o paternidad, sino que debe atenderse a otros criterios que puedan garantizar la protección del interés superior del menor.

En otro ámbito, existe la posibilidad de separar a la maternidad en plena y gestacional con el recurso al alquiler de vientres o acuerdo de maternidad subrogada. Esta opción representa una quiebra con la máxima de *mater semper certa est* enfrentado al legislador con el dilema de qué mujer habrá de ser madre del niño (si la gestante, la que aportó el óvulo o la que encargó la concepción y gestación del menor) y si se otorgará efecto vinculante al contrato de subrogación y sus efectos.

La primera solución otorgada a la problemática de la filiación en las técnicas de reproducción humana asistida es utilizar la figura de la adopción, sin embargo como sostiene la Dra. Ingrid Brena Sesma la adopción es una institución jurídica,, por medio de la cual una o dos personas establecen un lazo filial con un menor que no es su hijo. Esta institución tiene por finalidad remediar una situación ya ocurrida, un niño abandonado cuyos padres no quieren o no pueden cumplir con sus obligaciones. En cambio la gestación por subrogación el nacimiento de un menor se crea ex profeso, para satisfacer los derechos reproductivos de una pareja con problemas de fertilidad.¹⁶⁵

Por lo cual es necesario que exista un procedimiento especial para determinar la filiación como lo sostienen los siguientes autores.

Según Eleonora Lamm establece que en caso de un procedimiento de maternidad subrogada, la filiación debe ser fijada sobre la voluntad procreacional es decir que la filiación debe corresponder al o los comitentes:

¹⁶⁴ Locución latina que significa "Es padre aquel que indican las nupcias".

¹⁶⁵ Brena Sesma, Ingrid, *op. cit.*,p. 156.

aquellos que quieren y desean al hijo y que de esta forma aportan el elemento volitivo determinante, causa fuente fundamental, infungible e imprescindible dado que sin esa voluntad no se hubiese comenzado el proceso que genera el nacimiento del nuevo ser. Por lo cual en beneficio del menor desde su nacimiento tenga su filiación legalmente establecida sobre la base de la voluntad procreacional.¹⁶⁶

En el mismo sentido Antonio José Vela Sánchez señala que ya no es el dato biológico el único título de atribución de la filiación, de manera que queda a voluntad de las partes la determinación de la filiación en los supuestos de reproducción asistida. Se intenta primar la filiación derivada del afecto, de la voluntad, de la intención, de la apariencia, frente a la puramente biológica.¹⁶⁷

Llegando así a un modo diferente de filiación, que debe ser regulado por el Derecho en beneficio del interés superior del menor producto de este procedimiento médico.

VI. ALCANCES INTERNACIONALES DE LA CONCEPCIÓN DEL NIÑO BAJO LA MODALIDAD DE MATERNIDAD SUBROGADA.

Al ser la maternidad subrogada una técnica de reproducción asistida permitida en ciertos países y prohibido en otros, trae como consecuencia que las parejas que desean tener un hijo a través de este procedimiento médico pero viven en un país que lo prohíba acudan a estos países para realizar su legítimo deseo, esto genera una problemática muy importante, en muchos casos se ha negado la filiación de los menores en el país de origen de los padres biológicos que solicitaron este procedimiento, por ello existen diversos cuestionamientos a

¹⁶⁶ Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad ni alquiler de vientres. Gestación por sustitución*, España, Universidad de Barcelona, 2013, pp.286-288.

¹⁶⁷ Vela Sánchez, Antonio J., *La maternidad subrogada estudio ante un reto normativo*, España, Comares, S.L.,2012, p.72.

esta situación, ¿cómo se protege al niño nacido bajo esta modalidad de reproducción asistida?, ¿cómo se garantizan sus derechos filiales?

En el capítulo anterior ya se definió el término filiación, no obstante es preciso establecer que debe entenderse por filiación internacional, la cual es definida como el vínculo paterno filial (biológico, con o sin intervención de técnicas de fertilización asistida, o adoptivo), que presenta elementos extranjeros.¹⁶⁸ La filiación internacional por sí misma es un reto, pero más reto representa el hecho de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el plano internacional, sobre todo en el caso que determinada técnica está prohibida en el país receptor.

Entre los problemas que existen en los países que prohíben este procedimiento médico, está la negación de la filiación fundamentada en dos razones principalmente:

- Ilícitud en el objeto del contrato

“la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas; el cuerpo humano es inviolable y no puede ser objeto de un derecho patrimonial; afecta además, a la dignidad de los seres humanos, al ser considerados como objetos –tanto la madre gestante como el niño producto de la procreación médicamente asistida– y no como fines en sí mismos; generaría “un derecho al niño”, como si fuera una cosa.¹⁶⁹

Debemos de partir del hecho de que la vida es un bien indisponible y que esta fuera del comercio, por lo cual no se trata de negar los avances de la ciencia médica pero si de regularlos correctamente para que la sociedad pueda vivir en armonía y no sean lesionados los Derechos Humanos y dignidad de todos los seres humanos.

- Fraude de Ley

El sometimiento a los procedimientos médicos necesarios se torna factible sólo en los sistemas jurídicos que lo autorizan, y es en virtud del paraguas de

¹⁶⁸ Scotti, Luciana, *op. cit.*, p.268.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p.271

legalidad brindado por dichos ordenamientos que la maternidad subrogada se viabiliza.

Es por ello que, resulta esencial distinguir los supuestos en los que el convenio de gestación por subrogación tiene lugar en un estado con el que los involucrados ya se encontraban internacionalmente conectados (sea en función de su domicilio, residencia o nacionalidad), de aquellas hipótesis en las que el traslado de los particulares se lleva a cabo con la única finalidad de celebrar y cumplir un contrato de estas características¹⁷⁰

¹⁷⁰ Dreyzin de Klor, A. y Harrington, C. “La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?”, en *Revista de Derecho de Familia*, octubre de 2011, pp. 301-329.

CAPÍTULO CUARTO.LA MATERNIDAD SUBROGADA UN PROCEDIMIENTO MÉDICO CON EFECTOS JURÍDICOS.

I.- CAUSAS QUE MOTIVAN LA UTILIZACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Desde el surgimiento de las denominadas técnicas de reproducción asistida (TRA) la reproducción humana deja de ser solo obra de la naturaleza para compartirlo con la ciencia médica.

Las TRA permiten ser padres a quienes no podían serlo; habilitan paternidades y/o maternidades inconcebibles o imposibles años atrás, tales como la maternidad de mujeres estériles, la paternidad de hombres estériles, la maternidad sin paternidad, la paternidad sin maternidad, la paternidad y/o maternidad de ambos miembros de una pareja homosexual, Incluso posibilitan la maternidad de mujeres a edades muy avanzadas. Además, las nuevas técnicas reproductivas han abierto las puertas a una planificación de la reproducción que permite evitar la transmisión de enfermedades congénitas, decidir el momento en el que se quiere tener hijos, el sexo de los mismos, etc. Así, en la actualidad, un creciente número de parejas fértiles, con un historial familiar de serias enfermedades está optando por recurrir al diagnóstico genético preimplantacional (DGP) para asegurarse de que ninguno de sus hijos heredará la enfermedad o, en los casos de DGP “extensivo” para seleccionar el embrión compatible con el hijo enfermo¹⁷¹.

Como vemos las técnicas de reproducción asistida generan un nuevo capítulo en la reproducción humana que posibilita sobrepasar los límites procreativos que presentan algunos seres humanos, como lo son la esterilidad o infertilidad, la edad avanzada y en los tiempos modernos la posibilidad de que parejas del mismo sexo puedan concebir, es por todo ello que debe ser regulada

¹⁷¹ Lamm, Eleonora, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, num.24, enero 2012, p.77.

jurídicamente, implementando valores éticos y morales, pues la generación de vida humana es un poder que debe tener restricciones claramente establecidas en el ordenamiento jurídico.

II. LA INFERTILIDAD Y LA ESTERILIDAD: COMO CAUSAS DEL NACIMIENTO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA. (TRA)

Tanto la infertilidad como la esterilidad han sido la causa principal para los grandes avances en la medicina reproductiva. Las técnicas de reproducción asistida nacen para satisfacer las necesidades de las parejas que por obra de la naturaleza no pueden generar vida. Por lo tanto, tratan de ofrecer remedios para las disfunciones o enfermedades reproductivas de los seres humanos.

Las técnicas de reproducción asistida han generado lo que se conoce como “revolución reproductiva”, debido a que estas técnicas separan, radicalmente, la reproducción humana de la sexualidad. Así, en la actualidad, y gracias a las TRA, es posible la reproducción sin sexo; lo que viene a plantear una problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes.¹⁷² El principal objetivo de la medicina reproductiva es solucionar por medio de las tecnologías reproductivas la infecundidad involuntaria.

Desde el punto de vista de la medicina de la reproducción por *fertilidad*, debemos entender “la capacidad de una pareja para tener hijos”. El concepto infertilidad corresponde a lo opuesto de *fertilidad*, es decir a la incapacidad de una pareja para tener hijos.¹⁷³ Hasta hace algún tiempo se diferenciaba entre los términos *esterilidad* (o dificultad para conseguir el embarazo) e *infertilidad* (dificultad para conseguir que los embarazos concluyeran en recién nacidos),

¹⁷²*Ibidem*, p.78.

¹⁷³Matorras Roberto y Crisol, Lorena, “Fertilidad e Infertilidad humanas”, en Matorras Weinig, Roberto (ed.) *Libro blanco Sociosanitario “La Infertilidad en España: Situación Actual y Perspectivas”* España, 2011, pp.31-42.

en la actualidad el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española los considera como sinónimos.

La definición comúnmente aceptada de esterilidad/infertilidad es la de la ausencia de consecución de embarazo tras 12 meses de relaciones sexuales sin empleo de métodos anticonceptivos. La Organización Mundial de la Salud (OMS/WHO) considera que el periodo sin consecución de embarazo para poder determinar que una persona es estéril debe ser de 24 meses.¹⁷⁴

Según la OMS hasta el año 2010 había 80 millones de parejas con padecimientos que les impedían tener hijos. En la actualidad la esterilidad es percibida como un problema personal tanto en las sociedades occidentales como en otras menos favorecidas. En muchas de estas últimas a menudo se identifica el valor de la mujer con su fertilidad (la incapacidad de tener hijos puede considerarse como una desgracia social o como motivo de divorcio en muchas culturas).

Respecto a ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Artavia Murillo y otros ('fecundación *in vitro*') vs. Costa Rica" (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)¹⁷⁵, estableció que la infertilidad entendida según la definición de la OMS debe ser considerada una

¹⁷⁴ *Ídem*

¹⁷⁵ Caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 28 de noviembre del año 2012. El caso se relaciona con alegadas violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de prohibición general de practicar la Fecundación *in vitro* que había estado vigente en Costa Rica desde el año 2000, tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de dicho país. Entre otros aspectos, se alegó que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia. Asimismo, se alegó que la prohibición constituyó una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto que el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos.

discapacidad, ya que al ser una enfermedad del sistema reproductivo, es una limitación funcional reconocida como una enfermedad, por lo cual las personas que la padezcan deben considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva, siendo que dicha condición demanda una atención especial para que se desarrollara la autonomía reproductiva.¹⁷⁶

Entonces vemos que ante estas imposibilidades de procreación del ser humano, nacen las técnicas de reproducción asistida como respuesta a las problemáticas de tantas parejas, que cuando tienen problemas de infertilidad o esterilidad, sufren tanto moral como socialmente ya que el objetivo de la mayoría es establecer una familia y tener descendencia para continuar con su estirpe, por lo cual estos avances han permitido superar estas barreras y materializarlas, para que a través de las distintas formas de reproducción asistida, se creó una nueva gama de posibilidades de procreación.

Sin embargo, estos derechos, o en palabras del maestro Calvo Meijide¹⁷⁷ “legítimos deseos”, de las parejas estériles, parejas del mismo sexo, o cualquier persona que desee un hijo y no pueda tenerlo de manera natural, no deben en aras de hacer valer su “legítimo deseo” lesionar la dignidad y los derechos de otros sujetos máxime los de grupos vulnerables como lo son los menores, razón por la cual el Estado debe garantizar que en la práctica de este tipo de procedimientos se proteja el denominado principio del interés superior del menor.

¹⁷⁶Puccinelli, Oscar R., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las técnicas de reproducción humana asistida”, en Acedo Penco, Ángel, *Estudios Jurídicos de aproximación del Derecho latinoamericano y Europeo*, España, Dykinson, 2014, pp.277-288.

¹⁷⁷Calvo Meijide, Alberto, *op. cit.*, p.297.

III.- LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

El origen de los modernos métodos que emplea la medicina reproductiva hay que buscarlo, en último término en los ensayos e intentos realizados por el ser humano para entender la mecánica de la reproducción y de la herencia. A partir de los avances de la biología se idearon nuevas formas de intervenir en la generación de seres humanos.

El mérito de la tecnología reproductiva consiste, fundamentalmente, en haber ideado mecanismos para descomponer el proceso procreativo humano y para volver a componerlo a voluntad.

Se considera que las técnicas de reproducción humana asistida tienen su origen en el siglo XV, tan es así que hay quienes afirman que se intentó sin éxito, inseminar artificialmente a Juana de Portugal con semen de Enrique IV de Castilla, conocido como “el impotente”. Otros consideran que un inglés, de apellido Hunter, fue el primero en realizar una inseminación artificial sobre una pareja estéril. Sin embargo, no fue hasta el año de 1953 cuando un estadounidense de apellido Sherman, obtuvo exitosamente embarazos con semen congelado. En 1979 nació la inglesa Luisa Brown, el primer humano fruto de una fecundación *in vitro*: con lo que inicio la era de los llamados “bebés probeta”.¹⁷⁸

Javier Haghenbeck Altamirano, nos dice que las técnicas de reproducción asistida son aquellas técnicas desarrolladas por un equipo multidisciplinario manipulando los espermatozoides y/o los óvulos cuyo objetivo es la concepción.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Garzón Jiménez, Roberto, “Reproducción Asistida”, *Revista Mexicana de Derecho*, México, núm.9, 2007, p.98.

¹⁷⁹ Haghenbeck Altamirano, Javier, *La bioética un reto del tercer milenio*, México, UNAM, 2002, p. 148.

Por lo tanto, por técnicas de reproducción asistida o artificial se entiende el conjunto de técnicas que permiten la reproducción o procreación humana artificial, esto es, fuera del cauce natural.

Según Rafael Junquera de Estéfani y Javier de la Torre Díaz establecen que existe una diferenciación en los términos *Técnicas de Reproducción Asistida* y *Reproducción Médicamente Asistida*, las primeras hacen referencia a todos los tratamientos que incluyen la manipulación *in vitro* de ovocitos, espermatozoides o embriones humanos, con el propósito de conseguir un embarazo. Dichos tratamientos abarcan pero no solo, las siguientes técnicas: la fertilización *in vitro* y la transferencia de embriones, la donación de ovocitos y de embriones y la gestación de subrogación. Sin embargo la Reproducción Médicamente Asistida hace referencia a todas las técnicas y tecnologías reproductivas entendiéndose por tal la reproducción conseguida por medio de la ovulación inducida, la estimulación ovárica controlada, la ovulación de activación los procedimientos de técnicas de reproducción asistida (TRA) mencionadas anteriormente, y la inseminación intrauterina, intracervical e intravaginal con semen de la pareja de la mujer o con semen de donante.¹⁸⁰

Es difícil enlistar de forma limitativa las técnicas de reproducción humana asistida, ya que no existe un número cerrado de estos procedimientos médicos, por lo tanto, enunciaré algunas de las técnicas de reproducción asistida más usadas:

La inseminación artificial.
La fecundación <i>in vitro</i> : transferencia de embriones producidos en el laboratorio.

¹⁸⁰Junquera de Estéfani, Rafael, y Torre Díaz, Javier de la, *La reproducción médicamente asistida: un estudio desde el derecho y desde la moral*, España, UNED - Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2013.p.18

Estimulación ovárica
Captura folicular
Donación de Óvulos
La maternidad por sustitución, subrogada o de alquiler.

- **La inseminación artificial.** ¹⁸¹ Podemos definir a la inseminación artificial, como la introducción del semen dentro de la vagina o el útero de la mujer, mediante una jeringa especial, en el aparato genital femenino, intravaginal, intracervical, intrauterina o intratuvárico, de acuerdo a los impedimentos o malformaciones que hubieren indicado en el procedimiento de la fertilización, en la cual se pretende conseguir la fecundación sin tener una relación sexual. Es artificial pues se usa un “artificio instrumental” y es “artificial” la manera en que se hace la fecundación, pero ésta en sí es natural. La inseminación artificial puede ser homóloga o heteróloga.

a. *Inseminación homóloga.* Se utiliza este término cuando la inseminación se lleva a cabo con semen del marido o compañero, cuando éste se encuentra imposibilitado para depositar mediante la relación sexual el espermatozoide. Se considera que la inseminación homóloga es aceptable

¹⁸¹ Flores Salgado, Lucerito Ludmila, “Reflexión ético jurídica sobre las técnicas de reproducción asistida” IUS. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, México, núm. 20, 2007, pp. 97-113.

socialmente, porque la pareja estable, al no poder tener hijos, el médico recomienda llevar a cabo este tipo de procedimiento consistente en reunir los propios gametos de la pareja para producir la fecundación. El problema y la discusión se presentan cuando se intenta fecundar un óvulo con el semen congelado del marido, cuando éste ha fallecido; es lo que se llama *inseminación post mortem*.

b. *Inseminación heteróloga*. se produce cuando el marido o concubino saben que son transmisores de alguna enfermedad genética, o bien su esperma no es apto para fecundar el óvulo de su pareja. Entonces se solicita a un tercero extraño, ya sea individuo o un banco de semen, el gameto masculino necesario para realizar la fecundación. De primera intención encontramos que no existe ningún lazo de parentesco entre la pareja, ya sea marido o concubino, con el hijo concebido, y además es causa de controversias jurídicas, religiosas y morales, pues si bien es cierto siempre se ha considerado que el varón, pareja de la mujer, debe contribuir en la procreación y no un extraño, para muchos este tipo de inseminación es inmoral.

- **La fecundación *in vitro* (fiv).**¹⁸² *In vitro* significa, literalmente: en vidrio (a diferencia de *in vivo*). Significa reproducir con técnicas de laboratorio altamente sofisticadas y equipo biomédico de gran especialización, el proceso de la fecundación del óvulo por un espermatozoide, previamente extraído quirúrgicamente dentro de un cristal, pues en forma ordinaria dicho proceso ocurriría en la parte superior de las trompas de Falopio.

Dicha técnica se utiliza cuando se encuentran obstáculos insuperables que impiden que la fecundación se realice dentro del cuerpo humano.

¹⁸² *Ibidem*, p.111.

Cabe destacar que la fecundación también puede ser homóloga y heteróloga, al igual que en la inseminación, pues será fecundación *in vitro* homóloga cuando el esperma procede del esposo o compañero de la mujer, y fecundación *in vitro* heteróloga cuando el esperma provenga de un donante. Esta fecundación puede ser fecundación *in vitro* con trasplante o transferencia de embrión (fivte). La fecundación consiste en que “una vez obtenidos los embriones en el platillo del laboratorio, se proceda a la inserción de embriones en el útero de una mujer a partir de los óvulos obtenidos de otra distinta y fecundados bien por su marido o bien por un tercero”.

*Fecundación in vitro post mortem*¹⁸³: en este tipo de fecundación se utiliza el semen y embriones congelados (óvulos fecundados congelados) mediante la técnica de crioconservación, permitiendo que un hombre pueda procrear un hijo aún después de su muerte. La implicación jurídica es determinar la presunta paternidad que establece el Código Civil.

Ahora veamos distintas posibilidades resultantes de combinar la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones (fivte). La fecundación *in vitro* mediante transferencia de embriones, da lugar a varias posibilidades dependiendo de la procedencia de los gametos o del útero en donde se vaya a implantar.

Respecto a la reproducción humana asistida la Suprema Corte de Justicia de la Nación solo ha establecido lo siguiente:

Establece que en el ejercicio de su derecho de autodeterminación las parejas heterosexuales, pueden decidir si tienen hijos o no, incluso con la utilización de técnicas de reproducción asistida.

MATRIMONIO. LA "POTENCIALIDAD" DE LA REPRODUCCIÓN NO ES UNA FINALIDAD ESENCIAL DE AQUELLA INSTITUCIÓN.¹⁸⁴El hecho de que las parejas homosexuales tengan la imposibilidad de procrear hijos biológicamente comunes no se traduce en razón suficiente que deba incidir en la decisión del legislador de extender la institución del matrimonio civil de forma tal que comprenda tanto a las

¹⁸³ *Ibídem*, p.112.

¹⁸⁴Tesis: P. XXII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 879.*

parejas homosexuales como a las heterosexuales, máxime que derivado de la dinámica social, la "potencialidad" de la reproducción ya no es una finalidad esencial del matrimonio tratándose de las parejas heterosexuales que, dentro de su derecho de autodeterminación, deciden tener hijos o no, incluso por otros medios de reproducción asistida o mediante adopción, lo que no les impide contraer matrimonio, ni podría considerarse como una causa para anularlo si no se ha cumplido con una función reproductiva.

- **Estimulación ovárica**

La estimulación ovárica es un pilar dentro de la reproducción asistida para obtener un mayor número de ovocitos y compensar de esta forma la ineficiencia de la FIV, donde se necesita un número suficiente de embriones.¹⁸⁵ Se utiliza para producir ovulación, con inyecciones diarias de medicamentos, controladas con seguimiento de ultrasonido, para precisar el momento de la ovulación y evitar embarazos múltiples.

- **Captura folicular**

Es la técnica de aspiración de óvulos de los folículos¹⁸⁶ que están en los ovarios.¹⁸⁷

- **Donación de Óvulos**

La donación de ovocitos se ha definido clásicamente como la técnica de reproducción asistida en la cual el gameto femenino es aportado por una mujer distinta a la que recibirá este o el embrión resultante. Los excelentes resultados de esta técnica han llevado a una generalización de sus

¹⁸⁵ Ruiz Flores, Francisco J. y García Velasco, Juan A., "Estimulación ovárica en usuarias mayores de 38 años", *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, Lima, V. 58, num.1, 2012.

¹⁸⁶ Pequeña corteza de los ovarios, que contiene en su interior el óvulo.

¹⁸⁷ Almazán Cué, Juan Paulo, *De la filiación resultante a través de la aplicación de técnicas de fecundación Humana asistida*, México, Flores, 2008 pp.31-45.

indicaciones. En general, la FIV con donación de óvulos se realiza en aquellos casos en los que sea imposible la obtención de ovocitos en la paciente, como en el caso de una menopausia o de fallo ovárico precoz, cuando estos ovocitos puedan transmitir algún tipo de enfermedad, o como consecuencia de una calidad embrionaria baja tras repetidos intentos de fecundación con los propios óvulos de la paciente sin conseguir gestación. También se utilizan en caso de pérdidas gestacionales repetidas e inexplicables, o ante una mala calidad ovocitaria.¹⁸⁸

Este programa se utiliza cuando la mujer no puede producir óvulos, o los que produce son de mala calidad.

IV.- DEFINICIÓN DE MATERNIDAD SUBROGADA

El primer antecedente del procedimiento médico de maternidad subrogada mediante contrato de una agencia intermediaria tuvo lugar en "Estados Unidos, en Louisville, Kentucky, en el año de 1980, cuando una mujer identificada como Elizabeth Kane, de 37 años de edad y madre de 3 hijos, recibió diez mil dólares por el servicio."¹⁸⁹

Es a partir de este año que empieza a utilizarse esta técnica de reproducción asistida para la generación de vida humana, la cual aun sin existir disposiciones normativas reguladoras y protectoras de los sujetos participes se ha realizado -cada vez con mayor frecuencia- en muchos países del mundo.

El procedimiento de maternidad subrogada, ha sido definido teóricamente con distintos enfoques, en la actualidad no se puede decir que se ha encontrado uniformidad sobre que debemos entender cuando utilicemos este término, ya que algunas de sus definiciones son limitativas otras extensivas, tal como se muestra a continuación.

¹⁸⁸ Ortiz Movilla, B. y Acevedo Martín, "Reproducción asistida y salud infantil", *Pediatría Atención Primaria*, Madrid, v. 12, núm. 48, octubre-diciembre, 2010.

¹⁸⁹Hurtado Oliver, Xavier, *op, cit.*, p.6.

Esta práctica acontece cuando una mujer se presta, mediante contraprestación o sin ella a gestar y alumbrar a una criatura, por cuenta de un matrimonio o pareja comitente que recibirán de aquella en el momento del parto.¹⁹⁰

Xavier Hurtado nos dice “la subrogación de maternidad, es la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento”¹⁹¹

Se ha definido como: “el contrato mediante el cual una mujer se obliga, frente a una pareja estéril, mediante una compensación, a llevar a término un embarazo, haciéndose fecundar artificialmente con el semen del marido de la pareja o su embrión y entregar al recién nacido inmediatamente después del parto a los cónyuges, los que asumirán cualquier derecho y deber frente al niño”.¹⁹²

El término subrogación uterina se utiliza cuando la gestación se lleva a cabo por otra mujer, la llamada madre portadora o subrogada; la mujer que presenta los problemas reproductivos y que no va a llevar a término el embarazo recibe el nombre de madre subrogante.¹⁹³

Cristiana Baffone nos dice que se debe distinguir entre lo que es la maternidad subrogada y la locución de útero.

“La locución de útero se refiere a la práctica a través de la cual la mujer contribuye únicamente en la fase de gestación. Según esta modalidad, la pareja que encarga el niño proporciona el material genético. El embrión formado mediante una fecundación *in vitro*, viene a ser anidado en el útero de la gestante, la cual continúa con el embarazo, da a luz al niño y lo entrega a la pareja, igualmente

¹⁹⁰Flores Salgado, Lucerito Ludmila, *op. cit.*, p.102.

¹⁹¹Hurtado Oliver, Xavier,*op. cit.*, p.54.

¹⁹² Guzmán Ávalos, Aníbal, *op. cit.* p. 119.

¹⁹³ Definición proveniente del Informe La subrogación uterina: análisis de la situación actual, elaborado por expertos en distintos ámbitos (jurídicos, psicosociales, bioéticos), emitido por la Fundación Víctor Grífols i Lucas.

renunciando a cualquier derecho sobre de éste por otro lado la locución de útero La diferencia entre las dos prácticas yace en la participación que tiene la madre y en la formación del hijo que va a nacer, pues en el caso de la madre subrogada ésta aporta su propio material genético.”¹⁹⁴

Sin embargo otros autores que han escrito sobre el tema como los que se mostraran a continuación establecen que la locución de útero es una modalidad de la maternidad subrogada.

El procedimiento de maternidad subrogada se realiza a través de la *fecundación in vitro* y transferencia del embrión o inseminación artificial y consiste en contar con los servicios de una mujer para que lleve el embarazo con la intención de entregar el niño o la niña al nacer a las personas que los han encargado.¹⁹⁵

La Dra. Clara Mosquera determina que la maternidad subrogada consiste en que una mujer es contratada para que sea inseminada con el semen del marido de una mujer infértil o con el de un cedente y procrear de esa forma un hijo. Al nacer este, lo entrega al matrimonio que la contrato, cediendo la custodia del menor en favor del padre y renunciando a su derecho materno-filial para que el niño pueda ser adoptado por la esposa del padre.¹⁹⁶

Michel Sesta nos dice que la maternidad subrogada es la situación por la cual una mujer adquiere la obligación de llevar al término un embarazo por cuenta de una pareja estéril a la que se compromete a entregar al niño.¹⁹⁷

Moro Almaraz, “procedimiento por medio del cual una mujer se presta a tener un hijo para otra, desarrollándose en su útero el embarazo y, en muchas ocasiones, habiendo donado también el óvulo”.¹⁹⁸

¹⁹⁴Baffone, Cristiana, *op. cit.*, pp.450-453.

¹⁹⁵Guzmán Avalos, Anibal, *op. cit.* p. 125.

¹⁹⁶Tejeda de Luna, Ricardo, *Maternidad Subrogada*, México, SISTA, 2013, p.66.

¹⁹⁷Vera Raposo, Lucia, “Maternidad subrogada”, *Revista de Derecho de familia*, México, 2008, p.18.

La gestación por sustitución, maternidad subrogada o alquiler de vientre es un supuesto especial de reproducción asistida - en pleno proceso de expansión – por el cual una mujer mediante prestación o sin ella, se compromete a gestar un niño - concebido artificial, que no naturalmente- que otra u otras personas puedan ser padres biológicos o no. Esta situación puede deberse a muchas circunstancias , como la infertilidad o incapacidad de gestar de la mujer sola o en pareja – ocasionada por causas genéticas, enfermedad o edad-, o el deseo de paternidad de hombres solos o de parejas homosexuales.¹⁹⁹

Con base en todas las definiciones anteriores podemos decir que la maternidad subrogada , más que un contrato como lo consideran algunos autores como los mencionados anteriormente, es más bien un “procedimiento médico”, el cual si necesita ser regulado por el derecho y requiere de un instrumento jurídico por medio del cual se garanticen los derechos y obligaciones de todos los intervinientes, pero no necesariamente tiene que ser mediante un contrato, ya que el objeto del contrato no puede ser la generación de la vida humana, porque el contrato sería nulo y no gozaría de efectos jurídicos, pues su objeto no puede ser la vida ya que se considera que es un bien indisponible, crítica que profundizaré en el capítulo IV de la presente investigación, por lo cual debe entenderse por maternidad subrogada en sentido estricto, “como un procedimiento médico consistente en la gestación de un niño por una mujer que puede o no tener un vínculo genético con él, para entregárselo a una pareja u a otra persona al momento de su nacimiento”.

¹⁹⁸ Moro Almaraz, María de Jesús, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Barcelona, BOSCH, 1988, p.49.

¹⁹⁹ Vela Sánchez, Antonio J., *op.cit.*, p.10.

V. MODALIDADES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Como se mencionó en el tema anterior existen diversas modalidades del procedimiento de maternidad subrogada como lo veremos a continuación.

Esta técnica de reproducción asistida admite distintas modalidades por lo cual se puede dar lugar a los siguientes supuestos²⁰⁰:

- La pareja que contrata aporta el material genético en su totalidad- óvulo y espermatozoide- y la madre sustituta recibe el embrión en su útero con la finalidad exclusiva de llevar a cabo la gestación y el nacimiento; o bien
 - La mujer interesada aporta su ovulo fecundado por persona ajena a su pareja;
 - O bien la madre gestante además aporta el material genético el cual podrá ser inseminado con el espermatozoide del sujeto individual o de uno de los miembros de la pareja que contrata o un tercero; o finalmente ,
 - El material genético es aportado por individuos ajenos a la persona soltera o pareja matrimonial o de hecho contratante y la madre portadora solo cede su útero.

El maestro Ricardo Tejeda luna hace la siguiente distinción en cuanto a las modalidades del procedimiento de maternidad subrogada atendiendo a quien o quienes solicitan el procedimiento nos dice que se pueden dar las siguientes hipótesis²⁰¹:

1. cuando la misma sea solicitada por una pareja.

- Cuando la madre sustituta aporta óvulos y presta su útero para ser inseminada con gametos masculinos correspondientes a quien asumirá el papel de padre legal. En tal

²⁰⁰ *Ibíd*em ,p.16

²⁰¹ Tejeda de Luna, *op. cit.*, p.70.

caso la mujer que desea ser madre carecerá del vínculo biológico y genético con el niño.

- Cuando la reproducción se produzca por inseminación artificial, con gametos masculinos de donante.

- Cuando la fecundación se produzca *in vitro* con gametos que acordó la maternidad de sustitución, el hijo será genéticamente de aquellos que lo han solicitado.

- Cuando la reproducción se origine *in vitro*, en base a gametos masculinos y femeninos de donadores, el hijo nacido carecerá de toda vinculación biológica con los supuestos padres legales.

2. Cuando la gestación es por cuenta de otro.

- Que un hombre aporte sus gametos para posibilitar la fecundación en una madre gestativa, por lo tanto el padre asumirá los derechos y deberes de la procreación; en consecuencia, este se constituirá en padre genético y la madre subrogante en biológica y genética.

- Que una mujer aporte sus gametos para que sean fecundados en otra con semen de donante y tras el nacimiento del niño, ella obtendrá el cúmulo de derechos y deberes correspondientes a la procreación. La solicitante y el donante serán padres genéticos, mientras la mujer que dio a luz será la madre biológica.

De acuerdo con la participación genética de la mujer subrogada, existen clases de subrogación: total y parcial ²⁰²

²⁰²Hurtado Oliver, Xavier., *op. cit.*,p. 55

Tabla 9. Clases de subrogación

Clases de Subrogación	
Total	Se considerara total cuando la mujer contratada es inseminada aportando sus propios óvulos
Parcial	En este caso la madre gestante sustituta solamente es gestadora del embrión fecundado <i>in vitro</i> que le ha sido trasplantado.
Comercial	En este supuesto la mujer contratada recibe una compensación económica
Altruista	La mujer contratada no reciba una compensación económica por la gestación.

La maternidad subrogada, para Mendoza García, se clasifica de la siguiente manera.²⁰³

- Comercial, cuando por prestar el útero, se paga una cantidad de dinero; y
- Altruista o gratuita, cuando por prestar su útero, no se le remunera, cuando únicamente la pareja paga los gastos del embarazo y del parto.

Puede revestir formas diversas de la maternidad- paternidad-filiación y pueden intervenir hasta tres madres y dos padres:

- Los padres legales o educadores, no genéticos, que se responsabilizan del cuidado del niño después de nacer; por otro, los padres genéticos

²⁰³Mendoza García, Isidro. *Problemática jurídica de la Maternidad Subrogada*, p. 81.

- Los proveedores del óvulo y esperma; finalmente la madre portadora o alquilada, que se limita a llevar el embarazo.
- La mujer inseminada es una madre sustituta que ha prestado su útero para que pueda lograrse en él lo que no podría realizar una mujer estéril.²⁰⁴

Es así como en relación con la maternidad han sido identificadas las siguientes modalidades²⁰⁵:

- Maternidad plena: engloba la relación biológica (genética y gestacional) de la mujer con el niño y el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que son parte de la maternidad;
- Maternidad genética: se refiere a la donante que proporcionó los óvulos;
- Maternidad gestacional: es relativa a la mujer que se encarga de la gestación de un embrión,

Respecto a la madre gestacional se establece que puede ser²⁰⁶:

- a) Madre por subrogación propiamente tal.

Se presenta cuando una mujer acepta ser inseminada artificialmente con el esperma del marido de una mujer estéril, y entrega el niño al nacer este, por tanto es madre biológica, gestadora y generadora. Es importante diferenciarla de la maternidad plena, ya que en este caso no ejercerá los derechos y deberes filiales sobre el nacido.

- b) Madre portadora

La mujer lleva un embrión genéticamente ajeno implantado en su útero. El embrión puede ser de la pareja contratante como de donantes.

En este marco pueden presentarse seis variantes.

²⁰⁴ *Ibidem*, p.122.

²⁰⁵ Baffone, Cristiana, *op. cit.*, p.454.

1. Cuando tanto el semen como el óvulo provienen de la pareja “contratante”.
2. Cuando el óvulo proviene de la esposa “contratante” y el semen de un cedente.
3. Cuando el óvulo pertenece a una cedente y el semen al esposo “contratante”
4. Cuando el óvulo como el semen provienen de cedentes.
5. Cuando tanto el óvulo proviene de la “madre de alquiler” y el semen del esposo “contratante”
6. Cuando el óvulo proviene de la “madre de alquiler” y el semen de un cedente.

- Maternidad legal: se refiere a cuando la mujer asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad, sin que exista entre ellos algún vínculo biológico.

No hay duda de reconocer a la madre que ha parido, pero ahora que hay fractura entre concepción-gestación, esa certeza que era el presupuesto de la norma jurídica ya no parece ser tan cierta; por el contrario, cae por tierra aquel viejo principio paulino “*mater semper certa est*”²⁰⁷.

VI.- PROBLEMAS MORALES, JURÍDICOS Y SOCIALES CONSECUENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE MATERNIDAD SUBROGADA.

En este tipo de técnicas más que derechos -como he venido sosteniendo- “deseos o intereses individuales” de las parejas para convertirse en padres en ocasiones se priman sobre los derechos de los menores que serán la consecuencia de la realización de estas prácticas o de las mujeres que fungirán como gestantes, por lo cual derivado de su realización se producen consecuencias como las que se analizan a continuación: .

1. Mercantilización del ser humano.

La maternidad subrogada nace con un sentido altruista, cuando una mujer presentaba algún padecimiento que le impedía procrear tenía la posibilidad de poder recurrir al útero de otra mujer. Y así de una forma solidaria nació la maternidad por subrogación cuya finalidad era ayudar a parejas que tenían

²⁰⁷ Locución latina que significa “la madre siempre es cierta o conocida”.

problemas para concebir. Sin embargo actualmente la maternidad subrogada es un proceso con gran potencial de daño, una «granja de la fertilidad» en la que se utilizan máquinas humanas a cambio de una compensación económica, lo cual implica, en realidad, una nueva forma de esclavitud²⁰⁸ y una forma de mercantilización del ser humano, la vida humana no puede ni debe regirse por las leyes de la oferta y la demanda.

Los autores Rafael Junquera de Estefani y Javier de la Torre Díaz, respecto a la maternidad subrogada de forma solidaria mencionan lo siguiente: “La gratuidad no elimina cierta voluntad de poder, cierto narcisismo porque otros le deban alegrías profundas. La maternidad subrogada gratuita, con frecuencia en el seno de la misma familia o por motivos altruistas, no reúne los requisitos mínimos para que la reproducción sea humanizadora”²⁰⁹

Considero que con esta afirmación se muestra una postura totalmente en contra de este procedimiento, en mi opinión no debemos de negar la ciencia, ya que los avances médicos y tecnológicos se desarrollan todos los días estemos de acuerdo con ello o no, y aunque algunos estén desprovistos de contenidos morales y éticos son los avances científicos los que logran el desarrollo de los países, por lo cual la ciencia no se debe negar, debe ser regulada correctamente por el derecho, razón por la que expreso que la gratuidad de este procedimiento, si es una forma de humanizarlo, ya que el hecho de que la mujer que preste su vientre lo realice de forma gratuita, de forma altruista sin que en el instrumento por el cual se materialice este procedimiento se establezca una remuneración económica que lo iguale a un negocio jurídico, es una forma de priorizar el valor de la solidaridad y la importancia de la generación de la vida humana y por tanto, evitar el uso de este procedimiento como una forma de comercialización de niños.

También existen autores que consideran que la maternidad subrogada no presenta ningún problema ético ni moral, ya que son las personas mayores de

²⁰⁸ López Guzmán, José, “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, 2012, p.257.

²⁰⁹ Junquera de Estéfani, Rafael y Torre Díaz, Javier de la, *op. cit.*, p. 18.

edad quienes ejerciendo sus derechos como seres humanos libres y autónomos pactan este tipo de procedimientos, tal es el caso de Martin Camacho que al respecto dice:

“La maternidad sustituta es una práctica basada en la decisión libre de adultos que ejercen sus derechos y prerrogativas, sin perjudicarse ni perjudicar a terceros, razón por la cual no puede señalarse ni objetarse a las personas que la ejercen ni a la práctica en sí misma. Todos los participantes y personas involucradas se suelen beneficiar de la misma: el niño que nace de dicho acuerdo no hubiera nacido si la práctica no se hubiera realizado y encuentra una familia que lo recibe con mucho amor y que lo deseó profundamente, los padres logran acceder a la paternidad y tienen la posibilidad de dar amor y brindarle todos los cuidados necesarios a su hijo y por último la mujer portadora puede satisfacer sus deseos de ayudar a otras personas y obtener un beneficio, en general económico a cambio de esa ayuda”²¹⁰

Considero que esta forma de argumentar su postura a favor de este procedimiento es un tanto utópica, ya que si bien es cierto que es una decisión de adultos libres y autónomos también es cierto que intervienen intereses y derechos de otros sujetos como es el caso de los niños que nacerán como consecuencia de este tipo de procedimientos ,por ello la libertad de decisión que tenemos como seres humanos tiene límites sobre todo –en este tema específico- tratándose de la generación de la vida humana, además se debe de prever la posibilidad que el futuro hijo presente malformaciones genéticas o algún tipo de enfermedad, y en este caso ¿qué sucedería con el “deseo” de los padres a reproducirse?, seguirá siendo su deseo el mismo que al inicio del procedimiento, además muchas parejas heterosexuales acuden a este tipo de procedimiento no por presentar algún obstáculo para la procreación sino por el simple hecho de querer un “hijo

²¹⁰López Guzmán, José, *op. cit*, p.258.

bonito”²¹¹, que tenga las características físicas e intelectuales que ellos desean, lo cual a mi punto de vista es un tema éticamente cuestionable, pero insisto en mi postura no hay que negar los avances científicos sino se debe de proteger los Derechos Humanos y Dignidad de los intervinientes, respecto al “deseo de ayudar de la madre gestante” es un hecho muy cuestionado, ya que la mayoría de las mujeres que se prestan para la realización de este procedimiento lo hacen no por el deseo de ayudar sino por la remuneración económica, lo cual puede traer como consecuencia la explotación de mujeres.

La realidad demuestra que las mujeres con escasos recursos económicos o vulnerables son las que se encuentran más expuestas a ese tipo de explotación, de manera especial, en aquellos contextos culturales en los que existe un mayor grado de subordinación de la mujer al varón, y rigen estrictos sistemas patriarcales, las mujeres están especialmente desprotegidas ante la posible instrumentalización de su cuerpo y consiguiente utilización para fines ajenos.

Otro de los problemas éticos que presenta el procedimiento de maternidad subrogada es respecto al denominado contrato de maternidad subrogada, puesto que la interrogante principal es la siguiente ¿Es el cuerpo humano materia de contrato? ¿Es la vida un bien disponible?

En aquéllos países en los que la maternidad por subrogación es aceptada legalmente, se la tiende a considerar como un contrato entre las partes, cuyo contenido suele ser denominado «servicio gestacional». En realidad, se entiende que el propio cuerpo, con todas sus implicaciones físicas y psíquicas, racionales y emocionales, puede ser objeto de una transacción económica.²¹²

²¹¹La palabra eugenesia proviene del griego y significa *eu* (bien), *genos* (nacidos), por lo que quiere decir bien nacido se define como la *ciencia* que permitiría modificar (mejorar) los rasgos hereditarios en la especie humana. Castro moreno, Julio Alejandro, “Eugenesia, Genética y Bioética. Conexiones históricas y vínculos actuales”, *Revista de Bioética y Derecho, Barcelona*, no.30, 2014.

²¹²López Guzmán, José, *op. cit*, p.259.

Los sistemas jurídicos occidentales se han apoyado en la distinción básica entre personas y cosas a la libre disposición de los objetos, las personas, incluyendo el cuerpo humano, no pueden ser objeto de comercio. En esta línea, para muchos, el contrato de maternidad por subrogación debería estar prohibido. Al respecto el Comité Nacional Francés indico en 2010, que la gestación por cuenta ajena comportaba riesgos éticos muy graves que ninguna norma jurídica podía evitar .representa una nueva forma de explotación de la mujer , negando la indisponibilidad del cuerpo humano, que como se ha planteado en este trabajo, no debe ser considerado materia de contrato.²¹³ Este tema será analizado en el capítulo cuatro denominado la maternidad subrogada un procedimiento medico con consecuencias jurídicas.

2. Trata de personas

El Protocolo de Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas define la trata como «la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de una persona recurriendo a la amenaza o abuso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, fraude, engaño o abuso de poder o de situación de vulnerabilidad o a la concesión de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona». En estas condiciones, la explotación de la víctima puede revestir diversas formas: explotación sexual, laboral, trabajos forzosos, tráfico de órganos o servidumbre.²¹⁴

Se considera que una problemática social que genera la maternidad subrogada es la explotación de las mujeres con fines reproductivos por parte de los centros o clínicas que se dedican a la realización de esta práctica, ya que las mujeres que serán quienes se sometan a esta práctica son consideradas como

²¹³ *Ibidem*, p.260.

²¹⁴ Giménez-Salinas Framis, Andrea, “La explotación y trata de mujeres con fines sexuales: el papel del sector salud” *Gaceta Sanitaria*, Barcelona, Vol. 25, no. 5, septiembre – octubre, 2011.

instrumentos para la realización de este, menoscabando con ello toda su Dignidad humana. Ya que, al no existir leyes protectoras de los sujetos intervinientes en este procedimiento se ha generado un mercado, donde se ofertan niños y madres, es por ello que es importante la protección de las mujeres y de los niños para que no sean considerados bienes de consumo.

Respecto al tema el Comité para los Derechos de las Mujeres y la Equidad de Género del Parlamento Europeo dijo en un informe rendido en el año 2013, que “la maternidad subrogada constituye una objetivación tanto de los cuerpos de las mujeres como de los niños, y representa una amenaza a la integridad corporal y a los Derechos Humanos de las mujeres.”²¹⁵

Para ilustrar la importancia y consecuencias mencionare algunos casos trascendentales del procedimiento de maternidad subrogada.²¹⁶

Un caso significativo tuvo lugar en Vancouver en el año 2010. Una pareja contrató a una madre de alquiler para gestar un embrión obtenido de sus gametos. Antes de cumplirse el primer trimestre, los donantes fueron informados de que el feto padecía el síndrome de Down por lo que decidieron que se abortara. Sin embargo la madre subrogada se negó a que se le practicara el aborto. Esta situación generó un conflicto relativo a la interpretación del contrato. Las alegaciones de una y otra parte (sobre el necesario control de calidad del producto y resultado final, objeto contratado, derechos adquiridos, etc.) pusieron en evidencia la triste realidad del proceso de cosificación del hijo.

Este caso muestra como pueden ser lesionada la dignidad y Derechos Fundamentales del ser humano cuando el procedimiento de maternidad subrogada no se instrumentaliza protegiendo en todo momento a la persona humana, ya que la vida es el primer y más esencial de todos los Derechos

²¹⁵Reporte del Comité de Derechos de las Mujeres e Igualdad de Género del Parlamento Europeo del 29-09-2013

²¹⁶ López Guzmán, José, *op cit*, p.260-261.

Humanos y en ningún caso y por ningún motivo podemos disponer de ella, pues el mundo no es una tienda donde los seres humanos pueden ser comprados y vendidos y en caso de algún “defecto de fábrica” devueltos o cambiados por otros.

Por último podemos mencionar la situación de Manji, niña nacida en la India tras un contrato de subrogación. Una pareja japonesa, Ikufumi y Yuki Yamada, contrataron una madre de alquiler, a través de una empresa india especializada en la gestión de este tipo de transacciones. Con anterioridad a la fecha del nacimiento, los Yamada se divorciaron y Yuki decidió retractarse con respecto a la aceptación de Manji. Dicha negativa generó problemas de índole legal, fundamentalmente el relativo a quien debía ser considerado progenitor de la niña y si era jurídicamente admisible el repudio de la misma por los padres contratantes.

Este caso muestra otra problemática, ¿Qué sucede si los padres que “desean al hijo” se divorcian o por alguna causa mueren? , ¿Qué sucede con el menor?, son cuestiones que deben preverse al momento realizar el instrumento de maternidad subrogada para garantizar el principio del interés superior del menor

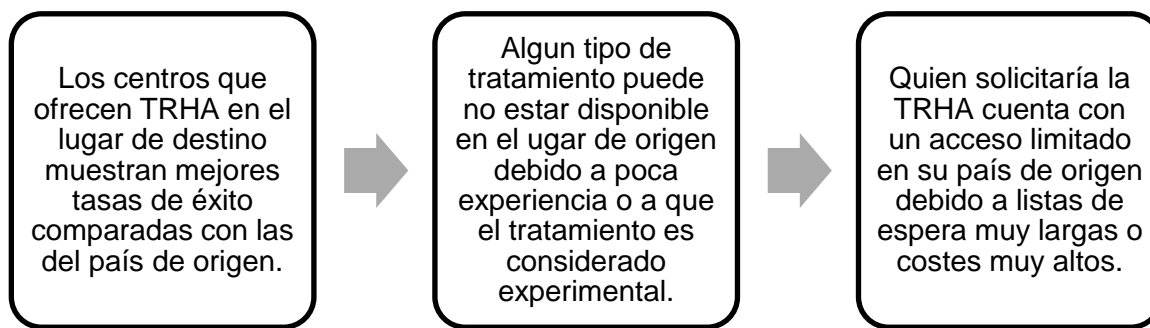
3.-Turismo reproductivo.

En Estados Unidos Americanos, México y La India, países que permiten el procedimiento de maternidad subrogada se ha generado un fenómeno social que se denomina turismo reproductivo término que hace referencia a las personas que viajan a otros países con el objetivo de someterse a una técnica de reproducción humana asistida (TRHA), ya sea simple (como la inseminación intrauterina, IUI) o compleja (como la fecundación in vitro, FIV, etc.).²¹⁷

²¹⁷ Álvarez Díaz, Jorge Alberto, “una mirada crítica al turismo reproductivo”, *Salud Problema*, México, Segunda época, Año 6, número 11, enero-junio de 2012, pp. 36-54.

El crecimiento de este fenómeno se debe principalmente al hecho de que el tipo de tratamiento al que se quieren someter está prohibido por la ley o a la existencia de mayores restricciones legales en el país de origen.

Cuadro.- Otras causas del “turismo reproductivo”.²¹⁸



Derivado de ello existen problemáticas respecto a la filiación del menor nacido bajo estas técnicas cuando nace en un país diferente al del origen de sus padres y posteriormente es llevado a este. Como se ejemplifica en el capítulo 5 en el apartado *el procedimiento de maternidad subrogada en otros países*.

Es por ello que el Estado de Tabasco se ha convertido en un paraíso reproductivo debido a que es permitida el procedimiento de maternidad subrogada pero de forma defectuosa por lo cual para garantizar los derechos de todos los sujetos que participan en este procedimiento, en especial el de los menores nacidos bajo este procedimiento se deben proteger jurídicamente los límites y alcances del procedimiento.

²¹⁸ *Ibidem*, p.44.

CAPÍTULO QUINTO. PROCEDIMIENTO DE MATERNIDAD SUBROGADA:
ANÁLISIS LEGISLATIVO Y PROPUESTAS.

I. REGULACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE MATERNIDAD SUBROGADA EN
MÉXICO

*Tabla 10.- Análisis del contenido de los Códigos Familiares respecto a la
Maternidad Subrogada.*

	<i>Código Familiar</i>	Disposiciones acerca de la maternidad subrogada
<i>Michoacán de Ocampo</i> ²¹⁹	<p>CÓDIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO DE MICHOACÁN DE OCAMPO</p> <p>Títulos</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Disposiciones generales 2. Del Registro Civil 3. De las Actas de Nacimiento 4. De las actas de reconocimiento 5. De las actas de tutela 6. De las actas de emancipación y habilitación de edad 7. De las actas de matrimonio 8. De las actas de divorcio 9. De las actas de defunción 10. De las inscripciones de las ejecutorias que declaran o modifican el estado civil 11. De la rectificación, modificación y aclaración de las actas del Registro Civil 12. Del matrimonio 13. Del divorcio 14. Del concubinato 15. Del parentesco 16. De la paternidad y la 	<p>Artículo 150. Párrafo II Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, así como emplear, en los términos que señala la Ley, <i>cualquier método de reproducción asistida</i>, para lograr su propia descendencia.</p> <p>Permite cualquier método de reproducción asistida que esté permitido por la ley, no especifica cuáles.</p>

²¹⁹ Publicado en el Periódico Oficial el 11 de febrero de 2008. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 19 de agosto de 2014.

	<p>filiación</p> <p>17. De la patria potestad</p> <p>18. De la custodia de los hijos</p> <p>19. De la restitución de menores</p> <p>20. De los alimentos</p> <p>21. De la tutela</p> <p>22. De los ausentes e ignorados</p> <p>23. Del patrimonio de familia</p>	
San Luis Potosí. ²²⁰	<p>CÓDIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ</p> <p>Títulos</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. De la familia 2. De la institución del matrimonio 3. Del concubinato y su disolución 4. Del patrimonio familiar 5. Del parentesco 6. De los alimentos 7. De la paternidad y filiación 8. De la patria potestad 9. De la tutela 10. De las rectificaciones de actas del registro civil 	<p>ARTICULO 243. Es inexistente la maternidad substituta y por lo mismo no producirá efecto legal alguno.</p> <p>Prohibición del procedimiento de maternidad subrogada</p>
Sinaloa. ²²¹	<p>CÓDIGO FAMILIAR DEL ESTADO DE SINALOA</p> <p>LIBRO PRIMERO</p> <p>De las personas naturales</p> <p>Títulos</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Del matrimonio 2. Del concubinato 3. Del divorcio 4. Del parentesco 5. De los alimentos 6. De la violencia familiar 7. De la filiación 	<p>Capítulo V</p> <p>De la Reproducción Humana Asistida y la Gestación Subrogada</p> <p>Permite la gestación por sustitución</p>

²²⁰ Publicado en el Periódico Oficial el 18 de diciembre de 2008. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 17 de diciembre de 2015.

²²¹ Publicado en el Periódico Oficial el 6 de febrero de 2013. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 16 de agosto de 2013.

	8. De la adopción 9. De la patria potestad 10. De la tutela 11. De la interdicción y emancipación 12. De la ausencia y presunción de muerte LIBRO SEGUNDO Títulos De los bienes de la familia y sucesiones 1. De la familia y su patrimonio 2. De las sucesiones 3. De la forma de los testamentos 4. Del registro civil 5. De las actas del registro civil	
Sonora. ²²²	LIBRO PRIMERO Títulos. 1. De la familia y del estado civil 2. Del matrimonio 3. Del contrato de matrimonio con relación a los bienes 4. De la inexistencia y nulidad del matrimonio 5. Del divorcio 6. Del concubinato LIBRO SEGUNDO Títulos. 1. Del parentesco 2. De la filiación consanguínea 3. De la adopción 4. De la patria potestad 5. De la tutela 6. Interdicción y emancipación 7. De la ausencia y presunción de muerte LIBRO TERCERO	Artículo 206.- El parentesco voluntario es el que nace de la adopción; del nacimiento obtenido mediante técnicas de reproducción asistida con gametos ajenos, autorizadas por los cónyuges o concubinos, y de la afiliación o acogimiento de menores huérfanos, abandonados o entregados lícitamente por sus padres, siempre que la relación se prolongue por más de un año con todas las características y fines de la relación paterno-filial En base a una interpretación amplia se puede decir que permite las técnicas de reproducción asistida ya que establece como será la relación filial entre los ascendientes y sus descendientes cuando haya sido utilizada estas técnicas.

²²² Publicado en el Periódico Oficial en abril de 2011. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 15 de junio de 2015.

	<p>Títulos.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. De los alimentos 2. Del patrimonio de familia 	
Yucatán ²²³	<p>CÓDIGO DE FAMILIA PARA EL ESTADO DE YUCATÁN</p> <p>LIBRO PRIMERO Generalidades de la familia</p> <p>Títulos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Familia 2. Alimentos 3. Matrimonio 4. Bienes de los cónyuges 5. Patrimonio de familia 6. Terminación del matrimonio 7. Concubinato 8. Filiación 9. Patria potestad 10. Custodia y convivencia 11. Adopción 12. Tutela 13. Ausencia y presunción de muerte 14. Defensa de la familia <p>LIBRO SEGUNDO Sucesiones</p> <p>Títulos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Generalidades 2. Sucesiones testamentarias 3. Forma de los testamentos 4. Sucesión legítima 5. Disposiciones comunes para las sucesiones 6. Testamentaria y legítima 	<p>No hace ninguna especificación sobre las formas artificiales de procreación.</p>

²²³ Publicado en el Periódico Oficial el 16 de octubre de 2007. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 12 de junio de 2015.

Zacatecas ²²⁴	<p>CÓDIGO FAMILIAR DEL ESTADO DE ZACATECAS</p> <p>Títulos</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Disposiciones generales 2. Del registro civil 3. De las actas 4. De la inscripción de las ejecutorias judiciales relativas a la incapacidad 5. Legal de administrar bienes, a la ausencia o presunción de muerte 6. De la rectificación, modificación y aclaración 7. Libro segundo 8. Título primero 9. Generalidades del matrimonio 10. Del parentesco 11. De la paternidad y filiación 12. De la patria potestad 13. De la tutela 14. De la emancipación, de la menor edad y la mayor edad 15. De los ausentes e ignorados 16. Del patrimonio de familia 17. Del nombre de la mujer casada, soltera, viuda o divorciada 	<p>Están permitidas las técnicas de reproducción asistida según lo establecido en el artículo siguiente.</p> <p>ARTÍCULO 123.- Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, así como a emplear cualquier método de procreación asistida para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges en los términos establecidos por la Ley.</p>
Morelos ²²⁵	<p>CÓDIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MORELOS.</p> <p>LIBRO PRIMERO De las personas</p> <p>LIBRO SEGUNDO Del Derecho de Familia</p>	<p>No hace ninguna consideración respecto a la maternidad subrogada.</p>

²²⁴ Publicado en el Periódico Oficial el 10 de mayo de 1986. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 7 de febrero de 2015.

²²⁵ Publicado en el Periódico Oficial el 6 de septiembre de 2006. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 1 de febrero de 2012.

	<p>LIBRO TERCERO Del concubinato, del matrimonio y su disolución.</p> <p>LIBRO CUARTO De las relaciones paterno filiales</p> <p>LIBRO QUINTO De las declaraciones y efectos de interdicción ausencia y presunción de muerte.</p> <p>LIBRO SEXTO Del registro civil</p> <p>LIBRO SÉPTIMO De las sucesiones efectos jurídicos civiles para después de la muerte.</p> <p>Este Código contiene 895 artículos.</p>	
--	---	--

Códigos Civiles de la República Mexicana: Análisis

*Código Civil del Estado de Querétaro*²²⁶

En el capítulo sexto titulado de la adopción de embriones encontramos el artículo 400 que prohíbe el procedimiento de maternidad subrogada de la siguiente forma:

Artículo 400. Las parejas adoptantes de embriones *no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión*. En la adopción de embriones queda prohibido seleccionar el sexo del niño a adoptar, ni se podrá rechazar el producto si éste nace con alguna enfermedad o defecto físico.

²²⁶ Publicado en el Periódico Oficial el 10 de noviembre de 1872. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 22 de mayo de 2015.

*Código Civil para el Estado de Coahuila*²²⁷

Debe hacerse mención que por reformas hechas el 15 de diciembre de 2015 queda derogada la sección tercera denominada de la filiación resultante de la fecundación humana asistida en la cual se prohibía expresamente el contrato de maternidad subrogada en los siguientes términos:

ARTÍCULO 489. Todo pacto o convención que verse sobre la procreación o gestación realizada en nombre de otra persona es inexistente.

ARTÍCULO 491. El contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno.

Si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se atribuirá a ésta y no a quien lo aportó.

Código Civil para el Estado de Tabasco

El primer Código Civil en la República Mexicana que permitió la realización del procedimiento de maternidad subrogada fue el Código Civil para el Estado de Tabasco desde 1997 en los siguientes términos;

Artículo 92.- párrafo tercero, cuarto y quinto.

En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre

²²⁷ Publicado en el Periódico Oficial el 9 de abril de 1997. Última reforma publicada en el Periódico Oficial en febrero de 2016.

contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.

En el artículo citado anteriormente únicamente se establece que debe entenderse por madre subrogada y madre gestante sustituta y algunas puntualizaciones respecto a la filiación las cuales no quedan claramente definidas.

Artículo 347.-

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

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

Este artículo introduce términos como madre legal, madre sustituta, madre biológica y madre contratante, y establece vagamente cuando esta última debe ser considerada madre legal.

ARTÍCULO 360.-

Situación de maternidad substituta

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

Este último artículo menciona el contrato de maternidad subrogada pero no establece cuales deben ser las formalidades necesarias para otorgarle validez.

Como podemos observar los artículos citados anteriormente solo hacen referencia a las definiciones de maternidad subrogada, modalidades, algunas cuestiones respecto a la filiación pero no regulan claramente, por lo cual quedan sin respuesta las siguientes interrogantes ¿cuáles son las formalidades que debe contener el instrumento jurídico de subrogación?, ¿cuáles serán las reglas de la filiación para los menores nacidos bajo esta técnica?, razón por la que al principio de mi investigación se plantea como hipótesis la vaguedad y ambigüedad que presenta el Código Civil para el Estado de Tabasco al carecer de las especificaciones necesarias para la realización de este procedimiento, sin embargo, es necesario mencionar que en fechas recientes se aprobaron reformas a nuestro Código Civil por lo cual se abrogan los artículos mencionados anteriormente, pero este hecho no supera la hipótesis planteada debido a que si bien es cierto se amplió la regulación y se dieron algunas especificaciones, aún quedaron temas sin proteger jurídicamente como el altruismo médico que debe regir en este tipo de prácticas para proteger los Derechos Humanos y dignidad de todos los intervinientes, aunado a ello no se establecen reglas específicas para este tipo de filiación sino que remite a las reglas de la adopción²²⁸, tan es así que la Procuraduría General de la República solicitó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación revisara la constitucionalidad de dichas reformas.

²²⁸ Como se analiza en el apartado valoración de las propuestas legislativas en el Estado de Tabasco. Donde se examinan y critican las reformas a nuestro Código Civil.

Código Civil para el Distrito Federal

Este Código no menciona el procedimiento de maternidad subrogada sin embargo, en el capítulo 3 titulado de los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, específicamente en el artículo 162 permite la utilización de las técnicas de reproducción asistida según los términos establecidos en las leyes.

Artículo 162

Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, *cualquier método de reproducción asistida*, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges

Además en el artículo 293 respecto al parentesco establece lo siguiente:

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida

Artículo 329.

Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.

Aunado a lo anterior existe una iniciativa con proyecto de decreto por la que se pretende expedir la ley de maternidad subrogada del D.F.

II. INSTRUMENTO JURÍDICO DE MATERNIDAD SUBROGADA

1. Diferencia entre convenio y contrato

Para establecer cuál es el instrumento jurídico idóneo para regular la maternidad subrogada debemos primero analizar la teoría general de los contratos.

El contrato se define como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir obligaciones; es una especie dentro del género de los convenios. El convenio es un acuerdo de voluntades, para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos reales o personales; por lo tanto, el convenio tiene dos funciones: que es crear o transmitir obligaciones y derechos, y otra negativa: modificarlos o extinguirlos.²²⁹

El contrato como acto jurídico

El contrato es un acto jurídico plurisubjetivo mediante el cual dos o más personas manifiestan exteriormente su acuerdo de voluntades con el propósito directo de producir las consecuencias de derecho previstas en el sistema legal, relativas a la formación, transmisión, modificación o extinción de una relación jurídica.²³⁰

El contrato como norma jurídica individualizada.

El acto jurídico forma el contrato: el resultado de este se considera como una norma de la cual emanan derechos u obligaciones para las partes que en el intervienen. Concretamente son las cláusulas que obligatoriamente tienen que acatar cada una de las partes –norma individualizada- porque están dentro de lo permitido por una norma jurídica general.

²²⁹ Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*, México, Porrúa, 2010, p.17.

²³⁰ Olave Ibarra, Olaf Sergio, *Obligaciones y contratos civiles*, México, Blanca y comercio, 2000,p.65.

El contrato en el Código Civil para el Estado de Tabasco

ARTÍCULO 1905.- Concepto de convenio

Es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar, conservar o extinguir obligaciones.

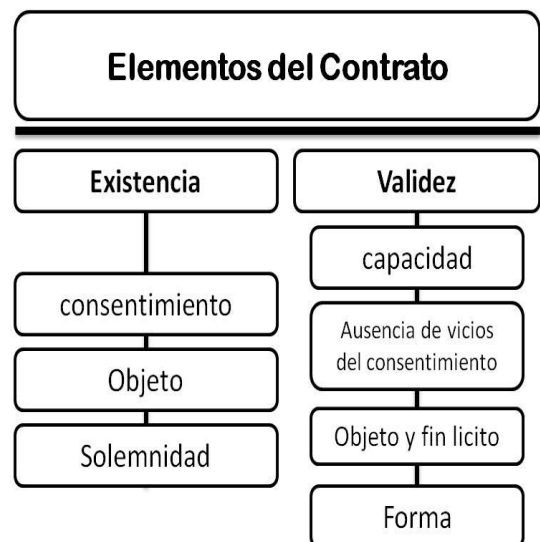
ARTÍCULO 1906.- Concepto de contratos

Los convenios que crean o transfieren obligaciones y derechos toman el nombre de contratos. Los derechos personalísimos no son transmisibles ni por contrato ni por sucesión.

2. Elementos esenciales del contrato

²³¹ Los elementos de los contratos se dividen en dos categorías a) de existencia b) de validez. Los primeros son esenciales o de definición, porque al faltar uno de ellos, el contrato no llega a formarse, no existe es la nada jurídica por tanto el contrato no llega a formarse y, lógicamente no producirá efectos de derecho: la nada, nada produce. Los segundos son requisitos que la ley exige que deben reunir los contratos para que una vez existentes, produzcan plenamente los efectos jurídicos que las partes persiguieron al realizarlos²³²

Cuadro 2. Elementos de existencia y de validez del contrato



Según el Código Civil para el Estado de Tabasco

Elementos de existencia

ARTÍCULO 1917.- Requisitos de existencia para que el contrato exista se requiere:

I.- Mutuo consentimiento;

²³¹ Cuadro elaborado según las disposiciones del Código Civil para el Estado de Tabasco arts. 1917,1918,1919.

²³² Olave Ibarra, Olaf Sergio, *op. cit.*, p.66.

II.- Objeto que pueda ser materia de las obligaciones creadas por el contrato; y

III.- La solemnidad cuando la ley la exija.

ARTÍCULO 1918.-

Elementos de Validez

Por qué puede ser invalidado

El contrato puede ser invalidado:

I.- Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;

II.- Por vicios del consentimiento;

III.- Porque su fin o su motivo sean ilícitos;

IV.- Porque sea ilícito el objeto de las obligaciones pactadas en él; y

V.- Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

ARTÍCULO 1919.-

Licitud

Es lícito lo que no es contrario a la ley

a) Convenio o contrato de maternidad subrogada

Una vez analizadas las generalidades del contrato y del convenio, ahora se procederá a estudiar las peculiaridades del contrato de maternidad subrogada.

Primero es necesario establecer que como ya se mencionó en el capítulo 3 existen dos modalidades de maternidad subrogada una parcial y una total, por lo cual el instrumento jurídico en el cual debe proteger los derechos de todos los intervinientes debe contener diferentes requisitos.

Primero analizaremos de acuerdo a la generalidad de los contratos cuales serían los elementos de existencia y validez de un “instrumento jurídico de gestación por sustitución”.

Tabla11.-

Instrumento jurídico de gestación por sustitución		
Elementos de <i>existencia</i>		
consentimiento	Parte contratante	Parte contratada
	La pareja que emite su voluntad de tener un hijo por medio de este procedimiento, que se obliga a cumplir con todos los gastos derivados del procedimiento y en determinados casos a realizar una compensación para la madre gestante sustituta.	La madre gestante sustituta manifiesta su voluntad de someterse al procedimiento, la cual se obliga a distintos cuestiones dependiendo del contrato pero la principal entregar al niño que está por nacer a la pareja contratante.
objeto	La gestación y entrega de un niño nacido por medio del procedimiento de gestación por sustitución en cualquiera de sus modalidades.	

En general el contrato de maternidad subrogada al cumplir con los elementos anteriores existe, pero el debate esencial ¿es válido este contrato?, por lo cual analizaremos los elementos de validez en el contrato de maternidad subrogada y sus principales críticas de los estudiosos del derecho.

Tabla 12.-

Instrumento jurídico de gestación por sustitución	
<i>Elementos de validez</i>	
Capacidad	Se refiere al hecho de que tanto la pareja contratante como la madre gestante sustituta deben ser capaces, es decir, deben haber

	cumplido según nuestro Código Civil para el Estado de Tabasco 18 años para poder ejercitar sus derechos y no estar afectados de ninguna restricción a su capacidad de ejercicio.
Ausencia de vicios del consentimiento	Este punto hace referencia a que tanto la pareja contratante como la madre gestante subrogada, deben expresar su voluntad libremente sin error, dolo, mala fe, lesión, violencia o alguna otra consideración que afecte su voluntad.
Objeto y fin lícito	El niño y el cuerpo de la madre ¿son materias de contrato?, ¿la vida es un bien indisponible?, ¿es lícito el contrato de maternidad subrogada? es un objeto materialmente posible pero ¿es jurídicamente posible?
Forma	Es decir las reglas específicas que determina la ley para determinados contratos

Críticas al contrato de maternidad subrogada

Al respecto Ingrid Brena Sesma realiza las siguientes interrogantes ¿Cuál es el objeto del contrato el útero de la mujer, el niño o la capacidad gestacional de la mujer? Además la validez, es el cuerpo materia de contrato, o si el fin no se considera ilícito²³³ teniendo en consideración que el artículo 327 de la Ley General de Salud prohíbe el comercio de órganos, tejidos y células²³⁴

Silvana María Chiapero dice que en el caso de la maternidad subrogada total, el contrato es ilícito, ya que es contrario a las buenas costumbres y a la moral. Ella establece que es un contrato de servicio y que

²³³ Brena Sesma, *op. cit.*, p.145-146.

²³⁴ ARTÍCULO 327 de la Ley General de Salud. Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de trasplantes, se regirá por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito.

tiene por objeto la prestación de un hecho positivo, pero en el caso de la maternidad subrogada parcial, en la que la madre aporta material genético la mencionada autora establece que estaríamos ante un supuesto ilícito, sería igual que a la venta de un hijo futuro toda vez que es un acuerdo sobre el producto de una actividad contratada., por lo cual el contrato tiene objeto ilícito , por lo tanto en los dos modalidades de maternidad subrogada constituyen contratos manifiestamente ilícitos y por lo tanto afectados de nulidad absoluta y deberían ser considerados nulos anota la autora.²³⁵

Sin embargo otros autores como Antonio J. Vela Sánchez, establecen que no es un contrato es un convenio un “negocio jurídico especial de derecho de familia” con lo que se pretende destacar que es de interés público por lo cual no se debe aplicar las reglas generales de los contratos para evitar su nulidad. Su índole especial y su finalidad de interés público excepcionan su nulidad, según dice este autor.²³⁶

Según Rodríguez-Yong, Camilo A.; Martínez-Muñoz, Karol Ximena en el caso de Estados Unidos Desde la perspectiva de la jurisprudencia, se ha considerado que los contratos de maternidad subrogada atentan contra el orden público por tres razones principales: a) constituyen un instrumento para la explotación de las mujeres, especialmente aquellas de bajos recursos económicos, b) tienen como propósito la compraventa de recién nacidos, lo que convierte a estos en una mercancía que puede ser vendida y comprada como cualquier otro producto y de acuerdo con el precio del mercado, y c) atentan contra la unidad de la familia, pues al intercambiarse un niño por una compensación, se está contribuyendo a la destrucción de una de las relaciones más importantes de la vida humana.²³⁷

²³⁵ Chiapero, Silvana María, Maternidad subrogada, Argentina, Astrea,2012, p. 128

²³⁶ Vela Sánchez, Antonio J., *op.cit.*,p.67.

²³⁷ Rodríguez-Yong, Camilo A, et. al.,” El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense” *Revista de Derecho* (Valdivia), Chile, vol. XXV, núm. 2, diciembre, 2012, pp. 59-81

III.- FORMALIDADES NECESARIAS DEL INSTRUMENTO JURÍDICO DE MATERNIDAD SUBROGADA PARA GARANTIZAR LA PROTECCIÓN DEL MENOR.

¿Cuáles son los requisitos esenciales que debe contener el instrumento jurídico por medio del cual se acuerde el procedimiento de maternidad subrogada?

Propuesta de contrato y regulación de maternidad subrogada		
<i>Autor</i>	<i>Elementos</i>	
Antonio J. Vela Sánchez ²³⁸	<ol style="list-style-type: none"> 1. Capacidad plena y consentimiento libre de las partes contratantes. 2. Irrevocabilidad de dicho consentimiento y 3. constancia de origen biológico del nacido 4. El convenio debe ser formalizado en documento público notarial con anterioridad al embarazo de la mujer gestante 5. Consentimiento previo a la inseminación artificial. Se considera que el consentimiento debe manifestarse antes de cualquier transferencia de embriones humanos. 6. Manifestación de la voluntad libre sin incurrir en algún vicio de la voluntad. 7. Los consentimientos prestados deben ser irrevocables desde su celebración. Esta consideración con la finalidad de otorgarle mayor seguridad y evitar reclamaciones. 8. Requisitos de las partes intervinientes en 	

²³⁸ Es profesor titular de Derecho Civil de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla). Autor de libros y artículos sobre familias monoparentales. Director de un curso sobre la monoparentalidad con el apoyo de la Universidad Pablo de Olavide y ponente en numerosos seminarios y congresos sobre diferentes aspectos de este tema, como la monoparentalidad y los menores.

	<p>el contrato</p> <p>8.1.1 Presupuestos exigidos a los padres o madres intervinientes.</p> <p>8.1.1.1 Parejas heterosexuales u homosexuales o personas solteras mayores de 25 años.</p> <p>8.1.1.2 Respecto de la mujer interesada deberá acreditarse la imposibilidad biológica del embarazo</p> <p>8.1.1.3 Uno de los padres intervinientes o la persona soltera deberá ser aportante del material genético.</p> <p>8.1.1.4 La pareja interviniente aceptara expresamente la eventualidad de la discapacidad psíquica o física que pueda tener el nacido.</p> <p>8.1.2 Presupuestos exigidos a la mujer gestante</p> <p>8.1.2.1 Mayor de 25 años, certificado de salud psicofísica y plena capacidad para obrar. Si no puede ser inseminada artificialmente el acuerdo se resolverá de pleno derecho.</p> <p>8.1.2.2 Deberá tener por lo menos un hijo propio sano.</p> <p>8.1.2.3 Solo podrá realizar este procedimiento dos veces.</p> <p>8.1.2.4 Podrá ser persona extraña a los contratantes o pariente colateral o por afinidad.</p> <p>8.1.2.5 Tendrá derecho a una indemnización razonable por los gastos de embarazo y parto, aunque la gestación no culmine por causas imputables a ella. Carácter gratuito del convenio para tratar de evitar que se</p>	
--	---	--

	<p>convierta en un oficio impuesto por la pobreza.</p> <p>8.1.2.6 Deberá asumir el riesgo de las consecuencias que le pueden producir el embarazo y el parto.</p> <p>8.1.2.7 El convenio de gestación por sustitución posibilitara que el hijo nacido pueda conocer su origen biológico.</p>	
Eleonora Lamm ²³⁹	<ol style="list-style-type: none"> 1. Preaprobación del convenio de maternidad subrogada. Aprobación, valoración y verificación del cumplimiento de los requisitos legales debe ser efectuado por un juez. 2. El embarazo de la gestante debe ser provocado por un médico, dado que necesariamente debe ser por Fertilización <i>in vitro</i>. 3. Requisitos de los intervinientes <ol style="list-style-type: none"> 3.1 Requisitos de la gestante <ol style="list-style-type: none"> 3.1.1.1 Consentimiento libre pleno e informado. Debe estar informada de todas las consecuencias médicas y psicológicas de la gestación por sustitución. 3.1.1.2 Debe tener plena capacidad y buena salud física y psíquica. 3.1.1.3 Debe tratarse de gestación por sustitución gestacional. Es decir que solo admite la gestación subrogada plena o total, donde la gestante no aporta material genético. 	

²³⁹ Eleonora Lamm, licenciada en derecho por la Universidad Nacional de Cuyo, Argentina. Máster en derecho de familia por la Universidad de Barcelona. Máster en bioética y derecho por la Universidad de Barcelona y Doctora en derecho civil por la Universidad de Barcelona. Mediadora. Directora de la carrera de especialización de Bioética y Bioderecho, Universidad de Mendoza. Consultora de Bioética y Derecho, Universidad Abierta de Cataluña.

	<p>3.1.1.4 No debe someterse a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces.</p> <p>3.1.1.5 La gestante debe tener al menos un hijo previo propio.</p> <p>3.2 Requisitos del o los comitentes</p> <p>3.2.1 Parejas heterosexuales u homosexuales y personas solas.</p> <p>3.2.2 Al menos uno de los comitentes debe aportar su material genético.</p> <p>3.2.3 El o los comitentes deben tener alguna imposibilidad para concebir o de llevar a término un embarazo.</p> <p>3.2.4 Uno de los comitentes debe tener al menos tres años de residencia ininterrumpida en el país.</p> <p>4. Se debe tener en cuenta el interés superior del menor. El juez siempre debe poder denegar la autorización si considera que no redundaría en el mejor interés del niño por nacer.</p> <p>5. Se debe efectuar un estudio sobre la idoneidad de los comitentes. Este estudio comprenderá la disposición y capacidad de los futuros padres para criar, educar y cuidar al futuro niño.</p> <p>6. Aceptación de responsabilidad. Los comitentes deben aceptar los riesgos de anomalías infantiles.</p> <p>7. Prohibición de cláusulas que limiten los derechos de la gestante. Es decir que no puede contener cláusulas que limiten los derechos de la gestante sobre su propio cuerpo, o su libertad personal, privacidad, integridad, seguridad o autonomía.</p> <p>8. Cláusula que proteja el derecho de la gestante a decidir si tiene un aborto o no, si concurren causas graves para su</p>	
--	---	--

	<p>salud.</p> <p>9. El acuerdo debe ser gratuito. Sin embargo la autora dice que la gestante puede recibir una compensación²⁴⁰</p>	
--	---	--

Con base en el análisis realizado en la elaboración de esta investigación respecto a la maternidad subrogada y sus consecuencias, además tomando en consideración las propuestas de regulación y de requisitos contractuales mencionados en la tabla anterior procederé a emitir los siguientes aspectos mínimos necesarios que debe de contener un instrumento de maternidad subrogada -como llamare al convenio en el que se acuerden las voluntades de los intervinientes en este proceso- para proteger el principio del interés superior del menor:

1. Debe regir el principio del interés superior del menor como principio rector del instrumento, por lo cual se deben de prever todos las consecuencias negativas que pueden afectar al menor en caso de algún suceso no deseado, debido que se busca garantizar y proteger ampliamente al menor esto implica:
 - Garantizar todos los Derechos Humanos del ser humano que está por nacer.
 - Establecer medidas para los supuestos que puedan afectar al menor: ejemplo: muerte de los padres contratantes, padecimiento del menor de alguna enfermedad física o mental, falta de entrega o recepción del nacido, filiación del nacido si la gestante está casada.

²⁴⁰ Se considera que la compensación debe comprender los gastos médicos, traslados, asesoramiento legal y psicológico y todos aquellos que sean consecuencia directa de la gestación por sustitución, incluidos los derivados de los tratamientos para provocar el embarazo, el parto y el postparto, además debe incluir una cantidad para gastos básicos durante los meses de embarazo y posparto cuya fijación debe ser homogénea para evitar abusos e injusticias.

2. El instrumento debe estar aprobado por la autoridad judicial. Considero necesario que sea el Juez quien determine que se está cumpliendo con todos los requisitos mínimos necesarios para proteger el interés superior del menor y los Derechos Humanos de todos los intervinientes en este procedimiento.
3. El consentimiento debe ser manifestado de forma libre, informada e irrevocable por parte de los intervinientes en el procedimiento.
 - Libre: que no esté afectado por algún vicio de la voluntad
 - Informado: que tanto la gestante como la persona o pareja que recibirá el menor conozcan de las posibles consecuencias tanto positivas como negativas que puedan afectarles.
 - Irrevocable: respecto que las mujeres que fungen como gestantes deben cumplir con lo acordado en tanto son individuos autónomos capaces de tomar sus propias decisiones de forma libre consciente y racional, además Eleonora Lamm²⁴¹ dice que una vez celebrado el contrato y alcanzado el embarazo las partes no podrán arrepentirse, es decir la portadora no podrá luego quedarse con el niño; ni la pareja comitente podrá negarse a recibir al niño.
4. Cláusula que proteja el derecho de la gestante a decidir si tiene un aborto o no, si concurren causas graves para su salud.
5. Regirá el altruismo médico, es decir que el contrato no puede ser oneroso, con ello no me refiero a que la gestante pueda recibir una compensación por todos los riesgos propios de un embarazo, así como un seguro de vida y de gastos médicos, pero que esta compensación sea razonable para no perder el sentido de la figura sin fines de lucro.
6. Respeto y garantía de la dignidad de todos los intervinientes ya que como menciona la Dra. Gisela María Pérez Fuentes aunque el derecho no crea la

²⁴¹ Lamm, Eleonora, *op. cit.*, p.75.

dignidad, si asegura su eficacia, garantiza su respeto y posibilita su desarrollo.²⁴²

7. Requisitos de los Sujetos Intervinientes en el proceso: los requisitos establecidos en este apartado serán tomados con base en los analizados anteriormente y en lo estudiado en este trabajo.

- Madre Gestante

Mayor de 25 años, certificado de salud y plena capacidad para obrar..

Deberá tener por lo menos un hijo propio sano.

Solo podrá realizar este procedimiento dos veces. Para evitar que se realice esta práctica como un oficio.

Podrá ser persona extraña a los contratantes o pariente colateral o por afinidad.

Tendrá derecho a una compensación por los gastos de embarazo y parto, aunque la gestación no culmine por causas imputables a ella.

Deberá ser informada y asumir el riesgo de las consecuencias que le pueden producir el embarazo y el parto.

- Persona o pareja que solicita la maternidad subrogada

Parejas o personas solteras mayores de 25 años.

Respecto de la mujer interesada deberá acreditarse la imposibilidad biológica del embarazo

²⁴² Pérez Fuentes, Gisela María y Cantoral Domínguez Karla, “La dignidad del menor en caso de la maternidad subrogada en el Derecho Mexicano, una propuesta legislativa desde la academia”, *Revista Boliviana de Derecho*, Bolivia, año X, núm. 17, Enero 2014, p.233.

Uno de los padres intervinientes o la persona soltera deberá ser aportante del material genético.

La pareja interviniente aceptara expresamente la eventualidad de la discapacidad psíquica o física que pueda tener el nacido.

8. El convenio de gestación por sustitución posibilitara que el hijo nacido pueda conocer su origen biológico.
9. Se deberá prohibir la eugenesia, tomando en consideración que la maternidad subrogada busca solucionar problemas de infertilidad no hacer hijos en atención a gustos y deseos de los futuros padres.
10. Los médicos que realicen el procedimiento deberán estar certificados para ello, además
11. Se debe efectuar un estudio de la idoneidad de los comitentes, en el cual deberá intervenir el DIF como encargado de velar por el desarrollo de la familia, por lo cual deberá emitir un dictamen en el que establezca si a su consideración los padres son aptos para tener un hijo.

IV.- EL PROCEDIMIENTO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN OTROS PAÍSES.

Caso España²⁴³

La ley Española de reproducción humana asistida (de 2006) no prohíbe exactamente la gestación por sustitución, pero el artículo 10.1 establece que el contrato realizado con esa finalidad es nulo de pleno derecho y el apartado 2 que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto.

Sin embargo varias parejas de nacionalidad española-tanto heterosexuales como homosexuales, acuden a países donde está legalizada esta práctica para su realización, como por ejemplo México, Estados Unidos de América y la India.

²⁴³ Atienza Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, España, Trotta, pp.440-445.

En el año 2009 se suscitó un polémico caso que la Dirección General de los Registros y del Notariado resolvió el pasado 18 de febrero se trata de un Auto dictado por el Encargado del Registro Civil Consular de Los Ángeles-California en el que se deniega la solicitud de dos ciudadanos españoles (ambos varones) de inscripción del nacimiento de sus hijos, nacidos mediante gestación de sustitución. Los interesados interpusieron recurso ante esa Dirección General, la cual lo aceptó –y ordenó la inscripción en el registro-, esgrimiendo una sutil argumentación que, en lo esencial, consistió en lo siguiente.

La inscripción del nacimiento de un español en el extranjero puede tener lugar a través de dos modalidades: mediante la declaración del sujeto o sujetos interesados; o bien mediante la presentación de una certificación registral extranjera. En este caso, el medio empleado es el segundo y, por ello, la solución legal del problema no lleva a la aplicación del Derecho sustantivo español (la ley 14/2006), sino del art. 81 del Reglamento del Registro Civil que establece un mecanismo técnico específico para el acceso al registro español de esas certificaciones. La cuestión de la que depende la solución del problema –dice la resolución de la Dirección General- no es de “Derecho aplicable”, sino de “validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España”²⁴⁴

Caso Argentina

El Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina²⁴⁵ reconoce a las técnicas de reproducción humana asistida como un tercer tipo filial; en consonancia con ello, regula las reglas, principios y situaciones propias de esta nueva causa fuente filial.

²⁴⁴ *Ídem*

²⁴⁵ El Código Civil y Comercial de la Nación fue aprobado por la ley 26.994. El nuevo cuerpo normativo está conformado por 2671 artículos y entro en vigencia el 1 de agosto de 2015.

El anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina preveía la regulación de la maternidad subrogada, sin embargo ese tema quedó excluido en el Código recientemente publicado, no obstante se regula la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, reglas aplicables a la maternidad subrogada como TRHA.

Tabla 13.- Reglas relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina.

Artículos del C,Cy C de Argentina	Comentarios
CAPÍTULO 2 Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida	
<p><i>ARTÍCULO 560.- Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida.</i> El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.</p>	<p>Establece que consentimiento que debe ser previo, informado y libre. Esta es el punto principal del régimen filial derivado de las TRHA: la voluntad procreacional. Tan importante es la voluntad procreacional que debe ser actual, y de allí que se necesite la renovación del consentimiento en los mismos términos (previo, informado y libre) antes de cada práctica o procedimiento médico. En otras palabras, antes que quien o quienes quieran ser padres se sometan a las TRHA el centro médico interviniente debe recabar el correspondiente consentimiento</p>
<p><i>ARTÍCULO 561.- Forma y requisitos del consentimiento.</i> La instrumentación de</p>	<p>El consentimiento debe ser formal</p>

<p>dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.</p>	<p>según lo establecido en las leyes especiales que regulen la materia.</p> <p>Establece la posibilidad de dejar sin efecto el consentimiento solo en los casos en que no se haya producido la concepción de la persona.</p>
<p><i>ARTÍCULO 562.- Voluntad procreacional.</i> Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscrito en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.</p>	<p>Uno de los principios básicos sobre los que se sustenta la filiación derivada de las TRHA gira en torno al lugar secundario que ocupa aquí el dato genético. Es tan así que el art. 562 CCyC deja expresamente consignado que la voluntad procreacional prima o es lo que prevalece para determinar un vínculo filial, se haya utilizado en la práctica médica material genético de un tercero o de la propia pareja, siendo esta una de las diferencias sustanciales entre la filiación por naturaleza o biológica y la filiación derivada de TRHA.</p> <p>El CCyC reafirma aquí que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos —es decir, queda determinada la filiación— de quien dió a luz, y también del hombre o la mujer que prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre</p>

	<p>en el modo que lo indican los arts. 560 y 561 CCyC, y siempre que se encuentre debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, sin importar que ambas personas, una de ellas o ninguna haya aportado sus gametos.</p> <p>Al establecer el Código Civil y Comercial que los niños nacidos bajo las técnicas de reproducción humana asistida : “son hijos de quien dió a luz” excluye la posibilidad de practicarse la maternidad subrogada, ya que en este procedimiento médico la madre gestante cede todos sus derechos filiales a los padres contratantes.</p>
<p><i>ARTÍCULO 563.- Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida. La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento.</i></p>	<p>En este contexto de silencio legislativo, el CCyC reafirma la existencia de un derecho a la información y de su debido resguardo, a tal punto que establece que en el legajo base sobre el cual se procede a inscribir el nacimiento de un niño debe constar que se trata de una persona que ha nacido de TRHA con material genético de un tercero; y todo registro en el que conste toda la información sobre dicho donante es materia de la regulación especial a la cual remite el CCyC en varias oportunidades.</p>
<p><i>ARTÍCULO 564.- Contenido de la</i></p>	<p>El CCyC recepta un sistema intermedio</p>

<p><i>información.</i> A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a. obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b. revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.</p>	<p>en lo relativo al acceso a la información acerca del donante. Esta regulación parte de la distinción entre información no identificatoria focalizada en datos relativos a la salud y datos identificatorios, previendo un régimen diferente según el tipo de información al cual se pretenda acceder. La información no identificatoria puede ser solicitada por el propio interesado cuando lo desee, debiendo solo acercarse al centro de salud que intervino en la práctica médica gracias a la cual nació. En cambio, para acceder a la información identificatoria, se debe iniciar un proceso judicial exponiéndose los fundamentos de peso para desvirtuar el anonimato que se le había resguardado al donante, y por el cual esta persona procedió a donar.</p>
---	--

Caso La India

En la India, las clínicas y solicitantes celebran contratos privados con las gestantes, de quienes sacan provecho debido a las condiciones de ignorancia y extrema pobreza de éstas últimas, al grado de llegar a ingresarlas en estancias o “granjas” vigiladas por trabajadores de las clínicas sin que tengan el derecho de salir de ellas durante el embarazo, hasta que entreguen al menor nacido a satisfacción de los solicitantes. Su referencia normativa son las directrices nacionales para la acreditación, supervisión y regulación de las clínicas de tecnología de reproducción asistida en la India, emitidas por el Consejo Indio de

Investigación Médica (ICMR, por sus siglas en inglés), que establecen que la gestante no debe tener más de 45 años de edad, que no puede desempeñarse como tal en más de tres ocasiones, y que requiere el consentimiento de su cónyuge, entre otros mínimos²⁴⁶

V. VALORACIÓN DE PROPUESTAS LEGISLATIVAS EN EL ESTADO DE TABASCO

Análisis legislativo de propuestas de regulación de la maternidad subrogada en el Estado de Tabasco.

- Propuesta Emitida por la Diputada Liliana Madrigal.

Propuesta emitida por la Diputada Liliana Madrigal en el que se pretende reformar el artículo 360; derogarse el artículo 92, los párrafos tercero, cuarto y quinto; del artículo 67, la última parte, de la fracción VII; del artículo 347 el párrafo segundo y el artículo 354; y adicionarse el Título Quinto Bis, con sus respectivos capítulos y los artículos del 150 bis al 150 *septimus* en los siguientes términos generales:

Análisis General.

Se pretende agregar un título en el que se regulen temas concernientes al Derecho de Familia, su concepto, la definición de Interés superior del menor, dentro de este título además se pretende regular la maternidad subrogada en un capítulo titulado: la maternidad subrogada, quedando regulada en términos generales los siguientes aspectos:

1. Definición de Maternidad subrogada.
2. Protección del interés superior del menor y la Dignidad humana.
3. Se definen los términos siguientes: filiación, implantación de célula humana, maternidad subrogada, mujer gestante sustituta, padre subrogado, personal

²⁴⁶Bartiloni Esparza, Marcelo, *et. al.*, *Maternidad Subrogada: explotación de mujeres con fines reproductivos*, México, capricho, 2014, p.2.

- de salud, médico especialista, instrumento de subrogación gestacional, tutela.
4. Solo se permite a parejas unidas en matrimonio o concubinato.
 5. La mujer gestante debe realizar la subrogación de manera gratuita.
 6. La mujer que solicita este procedimiento debe tener imposibilidad médica para procrear.
 7. Solo permite lo que la doctrina denomina maternidad subrogada total, ya que la pareja que solicita el procedimiento aporta el material genético para la procreación, por lo tanto la madre gestante no tiene ningún lazo genético con el menor.
 8. Se establecen obligaciones a los médicos tratantes para la práctica médica y del instrumento de subrogación gestacional.
 - Deber de informar a la gestante de los riesgos que conlleva la práctica.
 - Deber de guardar secreto profesional
 - Deberá cerciorarse que los solicitantes acrediten las formalidades y requisitos legales y físicos para la realización del procedimiento.
 9. Participación del DIF Tabasco.
 10. Solo podrán solicitar este procedimiento personas que residan en el Estado de Tabasco.
 11. La mujer gestante sustituta deberá manifestar su voluntad libre y pura de realizar el procedimiento con las obligaciones que ello conlleva.
 12. El instrumento deberá suscribirse ante notario público u oficial del registro civil
 13. Contener manifestación de las partes que el instrumento se suscribe sin objeto de lucro y en respeto de la dignidad humana y el interés superior del menor.
 14. Busca la protección del menor de conocer su identidad.
 15. Permite cláusulas que tengan como finalidad la protección del embrión y posteriormente del feto y el bienestar de la mujer gestante sustituta.
 16. Permite el establecimiento de un fideicomiso para el menor en caso de fallecimiento de sus padres.
 17. Respecto a la filiación se establece que se deberá notificar el instrumento de subrogación gestacional a la Secretaría de Salud y a la Dirección del Registro

Civil para que el estado del menor nacido mediante esta práctica sea contemplado en su filiación como hijo desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos.

18. La voluntad emitida por los participantes debe ser indubitable y expresa.

19. Establece los requisitos que deberá contener el certificado de nacimiento del menor nacido mediante maternidad subrogada

20. Establece la obligación de la secretaria de salud en coordinación con la Dirección del Registro Civil de llevar un registro de los instrumentos de subrogación gestacional y nacimientos que se hayan efectuado mediante esa práctica.

21. Establece en qué casos deberá considerarse nulo el instrumento de maternidad subrogada

- Propuesta emitida por el Poder Ejecutivo del Estado de Tabasco.

Con fecha 14 de diciembre de 2015 se aprueba las reformas al Código Civil para el Estado de Tabasco respecto al procedimiento de maternidad subrogada, mediante la cual se adiciona el Capítulo VI Bis denominado "DE LA GESTACIÓN ASISTIDA Y SUBROGADA"; integrado por los artículos: 380 Bis; 380 Bis 1; 380 Bis 2; 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 para el Estado de Tabasco.

**Análisis de la reforma al Código Civil para el Estado de Tabasco en materia de
Maternidad Subrogada**

**CAPÍTULO VI BIS
DE LA GESTACIÓN ASISTIDA Y SUBROGADA**

ARTÍCULO 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 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; 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

En este artículo se define que debe entenderse por reproducción humana asistida.

<p>de su muerte en un procedimiento de inseminación.</p>	
<p>ARTÍCULO 380 Bis 1 <i>Gestación por Contrato</i> 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.</p>	<p>En este artículo se denomina la gestación por sustitución (comúnmente conocida como maternidad subrogada) como gestación por contrato, además en este artículo se establece una limitante al procedimiento al disponer que se realizara solo cuando la madre pactante padezca imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.</p>
<p>ARTÍCULO 380 Bis 2 <i>Formas de Gestación por Contrato</i> La gestación por contrato, admite las siguientes modalidades:</p> <ol style="list-style-type: none"> 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 	<p>En este artículo se establecen las modalidades de la maternidad subrogada, si la mujer que presta su vientre aporta material genético se denomina subrogada y cuando no aporta se denomina sustituta.</p>

<p>su vientre un embrión fecundado por gametos de la pareja o persona contratante.</p>	
<p>ARTÍCULO 380 Bis 3 <i>Condición de la Gestante</i></p> <p>La Secretaría de Salud 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 su adecuado desarrollo.</p> <p>Ninguna mujer que padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía podrá ser contratada como gestante.</p> <p>Pueden ser contratadas como gestantes sólo las mujeres de entre veinticinco y hasta treinta y cinco años de edad que tienen una buena salud biopsicosomática y que han 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.</p> <p>La gestante para poder celebrar contrato de gestación deberá acreditar mediante dictamen médico expedido por institución oficial, 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</p>	<p>Requisitos para la mujer gestante.</p> <p>En el párrafo VII de este artículo se establecen como formalidades del contrato de maternidad subrogada que debe ser firmado ante notario público.</p> <p>En el párrafo VIII se establece que será la Secretaria de Salud la facultada para acreditar las instituciones y clínicas de reproducción humana asistida y el personal médico especializado en la materia.</p> <p>En el párrafo X se regula el deber de quienes brinden atención obstétrica de informar de los nacimientos</p>

fecundación in vitro o portar al producto fecundado en su vientre mediando conocimiento del cónyuge o concubino.

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

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. El contrato de gestación lo firmarán la madre y padre contratantes, la gestante y, si fuera el caso, su cónyuge o concubino, y 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 está obligado a exigir de los contratantes la presentación del dictamen médico que demuestre las condiciones señaladas 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 Estado de Tabasco para la prestación de esos servicios; las clínicas deberán contar con la licencia sanitaria correspondiente.

a la Secretaría de Salud.

En el párrafo XI se establece el deber de los notarios de informar de los contratos de maternidad subrogada. Con esto vemos un mayor control estatal.

<p>Las instituciones que realicen este procedimiento y el control prenatal deberán enviar un informe mensual a la Secretaría de Salud, con copia del expediente clínico conforme a la legislación federal aplicable a la materia, además de lo que señale la legislación estatal.</p> <p>Las instituciones que brinden atención obstétrica, resultado del procedimiento de reproducción asistida, deberán informar el nacimiento a la Secretaría de Salud 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.</p> <p>Los notarios públicos que participen en la celebración de convenios, acuerdos o 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.</p>	
<p>ARTÍCULO 380 Bis 4</p> <p><i>Nulidad de Contrato de Gestación</i></p> <p>El contrato de gestación será nulo si se realiza bajo las siguientes circunstancias:</p> <p>I. Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas;</p> <p>II. No cumpla con los requisitos y formalidades que señala este Código;</p> <p>III. Se establezcan compromisos o cláusulas que</p>	<p>En este artículo se establecen los casos en los que se considerará nulo el contrato de maternidad subrogada, sin embargo establece que incluso siendo nulo la madre contratante no se exime de</p>

<p>atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana;</p> <p>IV. Intervengan agencias, despachos o terceras personas; y</p> <p>V. Se establezcan compromisos o cláusulas que contravengan el orden social y el interés público.</p> <p><i>La nulidad del documento no exime a la madre contratante de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia.</i> Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica deberán acreditar que cumplen con la autorización de la Secretaría de Salud 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.</p>	<p>las responsabilidades derivadas de la existencia del contrato.</p>
<p>ARTÍCULO 380 Bis 5</p> <p><i>Requisitos del Contrato de Gestación</i></p> <p>El contrato de gestación deberá ser suscrito por las partes, previo cumplimiento por parte de los contratantes de los siguientes requisitos:</p> <p>I. Ser ciudadanos mexicanos;</p> <p>II. Poseer plena capacidad de goce y ejercicio de sus derechos;</p>	<p>En este artículo se mencionan los requisitos necesarios para la realización del contrato de gestación, con la regulación de ellos se establecen algunas limitantes importantes como el hecho</p>

<p>III .La mujer contratante debe acreditar mediante certificado médico, expedido por el médico tratante, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que cuenta entre veinticinco y cuarenta años de edad;</p> <p>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</p> <p>V. La gestante cumpla con los requisitos establecidos en el presente Código.</p> <p>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.</p> <p>La mujer gestante, el padre y la madre contratantes, deberán hacerse los estudios que establezca la Secretaría de Salud y que garanticen la salud de los implicados.</p> <p>Una vez que sea suscrito el instrumento jurídico ante</p>	<p>de que el contrato debe ser celebrado solo por ciudadanos mexicanos, lo cual puede ser considerado discriminatorio toda vez que existen extranjeros con residencia en México, a los cuales según los términos establecidos, se les está negando el derecho a acceder a esta técnica de reproducción humana asistida , además como se mencionó anteriormente establece como límite el hecho de que la mujer contratante debe poseer una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación.</p> <p>Otra formalidad impuesta al contrato de maternidad subrogada es el hecho que después de ser firmada ante notario público deberá ser aprobado judicialmente en un procedimiento no contencioso.</p>
--	---

<p>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.</p> <p>Se autoriza únicamente la implantación de hasta dos embriones fecundados en un mismo procedimiento de reproducción asistida.</p>	
<p>ARTÍCULO 380 Bis 6</p> <p><i>Asentamiento del recién nacido</i></p> <p>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, 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.</p> <p>El asentamiento del recién nacido deberá realizarse mediante la figura de la adopción plena aprobada por Juez competente, en los términos del presente Código.</p>	<p>En el segundo párrafo de este artículo vemos que no existe un procedimiento para determinar la filiación propia para la maternidad subrogada, sino que se acudirá a las reglas establecidas para la adopción plena.</p>
<p>ARTÍCULO 380 Bis 7</p> <p><i>Responsabilidades</i></p> <p>El contrato de gestación carece de validez cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de</p>	<p>En este artículo se establecen las responsabilidades a que serán acreedores los</p>

<p>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 e interponer denuncias penales, en su caso.</p> <p>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.</p> <p>Será obligación de los padres contratantes garantizar con una póliza de seguro de gastos médicos mayores, expedido por una institución de seguros establecida legalmente en territorio nacional, que cubra los gastos originados en la atención del embarazo, parto y puerperio, a favor de la gestante sustituta o subrogada.</p> <p>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.</p> <p>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 incurra.</p>	<p>intervinientes del procedimiento de maternidad subrogada, cuando no cumplan con lo establecido en la ley.</p> <p>Establece como obligación de los padres contratantes el hecho de garantizar una póliza de seguros de gastos médicos a favor de la gestante.</p>
--	---

VI. ENTREVISTAS REALIZADAS A FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

Objetivo: Analizar la actuación de los funcionarios en el esquema jurídico de la maternidad subrogada.

- **Entrevista 1**

1.- ¿Cuál es su nombre?

Dra. Norma Lidia Gutiérrez

2.- ¿Qué cargo desempeña?

Consejera de la Judicatura del Poder Judicial

3.- ¿Cuánto tiempo lleva ocupando ese cargo?

7 meses

4.- ¿Cuál es su grado de estudio?

Doctora en Derecho

5.- ¿Usted ha decidido respecto alguna controversia concerniente a la maternidad subrogada?

No

6.-¿Qué Derechos humanos considera usted que debe primar el juez en un asunto concerniente a la maternidad subrogada?

Derechos de la Gestante, Derechos del menor de edad, Derecho a la procreación en general deben de ser considerados todos de acuerdo al caso en concreto.

7.-¿Cuál es su análisis respecto del artículo 92 párrafo III,IV, Y V del Código Civil para el Estado de Tabasco respecto de la maternidad subrogada que establece:

En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la

presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.

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

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.

En la práctica el artículo ha sido suficiente debido a que se maneja de manera integral con los instrumentos internacionales, razón por la que el juez perfectamente puede marcar perímetros y decidir de qué manera ponderar cada derecho, por lo cual no lo considero insuficiente, tal vez podría mejorarse, pero según la redacción actual da el mecanismo, la razón, los elementos necesarios para que la figura pueda manejarse jurídicamente.

8.- *¿Consideran que se debe utilizar el término *contrato de maternidad subrogada*?*

Si debe usarse ya que es la figura mediante la cual se van a pactar las voluntades de las partes, es lo que nos ofrece el Derecho civil para realizar un pacto de voluntades y se llama contrato, los que no están de acuerdo lo critican debido a que el tipo de cuestiones pactadas, les molesta porque lo llevan a un acto de comercio y ese contrato no tiene naturaleza de acto de comercio como la ley mercantil, no lo es, ni tiene rasgos ni se le parece, el contrato es la única figura que se tiene para la realización de este procedimiento, puede asignársele otro

nombre para efectos de suavizar, para cuidar género, los derechos del menor de edad, para efectos del lenguaje, pero reciba el nombre que reciba, es un contrato pues es un acuerdo de voluntades para hacer algo o concretar algo, a mi consideración jurídicamente es la palabra más adecuada, porque además esta figura de maternidad es eso una institución jurídica y se va a manejar con sus herramientas

Respecto a la legislación existente en el estado de Tabasco concerniente a la maternidad subrogada

9.- ¿Que considera usted se debe fortalecer, modificar o complementar?

Yo no considero que sea el Código Civil el objeto de modificaciones y adiciones con lo que tiene es suficiente, pero creo que la ley principal que se debe revisar y en todo caso modificar y adicionar es la ley de salud y algún reglamento, precisamente porque los proyectos de reforma que han intentado lo que tratan es de traer elementos del cuerpo de la Ley de Salud al Código civil y entonces no es que sea una ley perfecta y no hayan cosas que tengan que estar ahí pero pienso que lo correcto es reformar las leyes que si tienen que ver con salud. El Código ya previó la institución y los efectos de lo que genera la maternidad y da la figura del instrumento bajo el cual se puede pactar fuera de ahí, lo demás se complementa con instrumentos internacionales, incluso si no estuviera en la Ley de Salud como no lo está debidamente se tiene que derivar de instrumentos internacionales.

10.- ¿Cuál es su análisis respecto de los centros médicos que se dedican a realizar el procedimiento de maternidad subrogada?

La regulación debe ser en materia de salud y la falta de regulación por desconocimiento de la figura, porque esta figura esta desde el 97 en nuestro Código pero en los últimos años ha estado en boga, comentarla analizarla y ver cómo está operando, pero quien debe de atender esta problemática es la Secretaría de Salud y si no cumplen con los requisitos establecidos es como todos esos centros que solo hacen fertilización o para sacarte una muela u oncológicos, si no reúnen los requisitos lo tendrán que cerrar porque no garantizan el bienestar

para la ciudadanía, los demás que regula la COFEPRIS²⁴⁷ igual el interés superior es la vida y en este caso también, por lo cual si hay un centro que no garantiza condiciones mínimas, básicas, pues entonces lo tienen que cerrar.

11.- ¿Considera que hay una problemática social derivada de la práctica del procedimiento de maternidad subrogada?

Desde el ámbito jurisdiccional lo que llega es lo que está en términos de ley, por lo cual no me atrevo a afirmar nada, pues se escuchan rumores pero pruebas contundentes no, incluso se han llegado hacer mitos urbanos, judicializados no he visto.

12.- ¿Cuál es su opinión respecto a las recientes reformas al Código Civil para el Estado de Tabasco con fecha 14 de diciembre de 2015 por las que se adiciona un capítulo titulado reproducción asistida?

Primero no lo han publicado le falta esa parte, tengo conocimiento de que adicionaran algunas cosas y que se trata de mejorar el precepto de la norma y establecer algunas limitantes, ahí mi comentario es en el sentido de que si tienen limitantes tiene que ser dentro del perímetro que permiten los Derechos Humanos, porque los Derechos Humanos siempre son progresivos y cuando se marcan limitantes de hacer lo contrario a lo que los derechos humanos le interesan, no la he leído porque no está publicada.

- **Entrevista 2**

1.- ¿Cuál es su nombre?

Martha Patricia Cruz Olán

2.- ¿Qué cargo desempeña?

Magistrada de la primera Sala Civil del Tribunal Superior del Estado de Tabasco

3.- ¿Cuánto tiempo lleva ocupando ese cargo?

²⁴⁷ Comisión Federal para la Protección de Riesgos Sanitarios.

1 año

4.- ¿Cuál es su grado de estudio?

Maestría en Administración de Justicia

5.- ¿Usted ha decidido respecto alguna controversia concerniente a la maternidad subrogada?

No me ha tocado, la figura de la madre sustituta y subrogada²⁴⁸ tuvo su auge a partir del 2013 empezó el primer caso y yo ya no estaba en un juzgado familiar sino en uno civil.

6.-¿Qué Derechos humanos considera usted que debe primar el juez en un asunto concerniente a la maternidad subrogada?

Derecho Humano de la madre sustituta o subrogada a la libertad de decidir sobre su humanidad física, eso respecto a la madre, hablando del menor, pues garantizarle todos sus derechos humanos y el principal el de la vida.

7.-¿Cuál es su análisis respecto del artículo 92 párrafo III,IV, Y V del Código Civil para el Estado de Tabasco respecto de la maternidad subrogada que establece:

En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que

²⁴⁸ Términos utilizados en la redacción del artículo 92 del Código Civil para el Estado de Tabasco.

convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.

Ese artículo que se supone que solo está dirigido para las mujeres sin embargo atendiendo a la cuestión de derechos humanos, también puede contratar un varón a una madre sustituta o subrogada, en la madre sustituta no hay ningún problema debido a que ella lo único que aporta es el físico el vientre, si hay un contrato de por medio, si los contratantes elaboraron un contrato, debo de seguir las reglas de ese artículo 92 que va a ser la madre la contratante no puede ser otra, y si hablamos de la madre subrogada que en este caso si aporta material genético tendría que ser muy específico el contrato, porque si me pueden reclamar cuestiones de maternidad porque si me está aportando material genético, lo ideal lo que se busca es que no se aporte material genético porque ya ahí si podemos tener conflictos cuando se reclame y va a tener todo el derecho de hacerlo y en el caso específico el juez tendrá que resolver si reclama la maternidad la madre que dio el componente genético.

8.-¿Consideran que se debe utilizar el término *contrato de maternidad subrogada*?

Si es correcto toda vez que la propia Secretaria de Salud autoriza este método para poder concebir a un bebé cuando en el artículo 327 de la LGS establece que está prohibido el comercio de órganos , pero no se consideran actos de comercio los costos derivados de la extracción, análisis conservación preparación suministro de órganos, tejidos componentes y células, por lo tanto lo permite la propia Secretaria de Salud, no es un acto de comercio en sí, ya va a depender de lo que las partes contraten pero en un contrato si llega a un juzgado tiene que ser muy

cuidadoso porque se supone que no es un acto de comercio por lo cual no debe haber ningún indicio, no debe de haber ningún lucro.

Respecto a la legislación existente en el Estado de Tabasco concerniente a la maternidad subrogada

9.- ¿Que considera usted se debe fortalecer, modificar o complementar?

Pues uno de los puntos es que este procedimiento no es exclusivo de las mujeres, en un principio, si analizamos este artículo vemos que ese contrato es para que lo celebren dos mujeres, la madre contratante y la madre que va a llevar a término el embarazo pero ya viendo cuestiones de Derechos Humanos, ya ahí entraría la modificación al artículo, ya que este procedimiento no está solamente destinado para las mujeres, un hombre puede contratar con una mujer, parejas homosexuales, todavía en el estado de Tabasco no se tiene autorizado el matrimonio entre ambos sexos pero si sabemos que en el D.F. hay sociedades de convivencia y en el caso de que se establecieran en nuestro Estado tienen a disposición esta legislación, pues ya haciendo valer los Derechos Humanos no es exclusivo para las mujeres y ya haciéndolo valer una pareja pueden celebrar el contrato .

10.- ¿Cuál es su análisis respecto de los centros médicos que se dedican a realizar el procedimiento de maternidad subrogada?

Bueno alguien debe de realizar ese procedimiento no puede ser cualquier persona, hay médicos, hay clínicas y todo eso lo regula la Secretaria de Salud al permitir la Reproducción Asistida en este caso la inseminación *in vitro* ellos lo reconocen y lo aceptan tienen en su ley está permitido los médicos y las clínicas eso no entra en cuestiones de derecho y si ellos se llevan la mayor parte no lo podría decir, si voy a un hospital por alguna cirugía o alguna cuestión de enfermedad y voy a un hospital privado yo tengo que pagar los gastos que origine pero lo que se tiene que buscar aquí ya es el cuidado de los contratantes los inconvenientes de la madre sustituta o subrogada porque se supone que alguien me debe de suministrar la alimentación, que voy a tener durante este período esos

son las obligaciones y derechos que se tienen yo como madre sé que no puedo fumar, tomar alcohol, cuidarme, alimentarme en beneficio del producto, porque yo puedo hacer un contrato como madre gestante o subrogada pero en el contrato, el que contrata tiene que poner las condiciones, porque si yo no pongo las condiciones a lo mejor el producto es inviable y puede tener algún daño físico o cerebral y es ahí donde comienzan los problemas con los contratantes, por esa razón, entonces las cláusulas del contrato deben ser muy específicas, porque tú tienes que cumplir con ciertas cosas que me tienes que suministrar como es la alimentación como son los gastos del parto como es la clínica en la que voy a dar a luz, pero yo también tengo obligaciones de llevar ese embarazo a un buen término y una mujer embarazada sabe que no puede fumar, que no puede desvelarse que no puede levantar cosas pesadas y todo es la voluntad de las partes por eso tienen que fijarse las cláusulas del contrato para conocer a que nos estamos obligando.

11.- ¿Considera que hay una problemática social derivada de la práctica del procedimiento de maternidad subrogada?

En cuanto a la explotación de la mujer debería de hacerse un análisis más a fondo porque si nosotros lo vemos como un contrato de naturaleza civil que tenga connotaciones familiares pues nosotros nos vamos a ir a las reglas de los contratos, es la voluntad, el consentimiento y el objeto, si hay voluntad de los contratantes siempre y cuando no sea contrario al derecho, a la moral, el contrato es válido, si hay objeto y no se vislumbra que hay un acto de comercio un acto indebido entonces el contrato es válido, los matices que ya la sociedad le empiece a dar si llega un asunto a un juzgado familiar ya el juez tendrá que ser muy cuidadoso de analizar que no se dé ninguno de los supuestos mencionados.

12.- ¿Cuál es su opinión respecto a las recientes reformas al Código Civil para el Estado de Tabasco con fecha 14 de diciembre de 2015 por las que se adiciona un capítulo titulado reproducción asistida?

No está publicado, por lo cual no he podido analizarlo. Hoy en día los convenios y sobre todo en base a los Derechos Humanos nos podrían ayudar a resolver alguna controversia que se suscitara en este tipo de situaciones jurídicas.

13.- ¿Qué opina respecto a la onerosidad y gratuidad del contrato

Puede haber una compensación, gratuito no es porque desde que se está pactando alguien me tiene que suministrar los alimentos, y lo que se ha señalado también dentro del clausulado del contrato es que debe haber un seguro de vida o de gastos médicos para la madre sustituta o subrogada por los riesgos que conlleva un embarazo y a lo mejor se complica alguna situación, si esa madre ya es madre de otros menores, se le deja en desprotección por eso ahí en cuestiones del clausulado debe de haber seguro tanto de vida como de gastos médicos.

14.- ¿Respecto a la filiación del menor nacido bajo esta técnica cuál es su opinión respecto a lo regulado por el Código Civil para el Estado de Tabasco.?

Respecto a la madre subrogada que aporta material genético, entonces ella puede reclamar maternidad por lo cual ella debe darlo al contratante en adopción, hay algunas cuestiones que deben regularse, precisamente como puede reclamar la maternidad debe darlo en adopción porque aunque tú seas madre genéticamente hablando en los términos generales de la adopción una vez que ya lo diste en adopción, pierdes ese derecho,

Respecto a la madre gestante sustituta, sería basándose en lo estipulado en el contrato, y no puede reclamarse una maternidad, porque genéticamente, si se hace una prueba de ADN se puede evidenciar que no tiene material genético y a lo mejor contratante compre en el banco tanto el óvulo y el esperma y ni mío es, pero yo si tengo mi acreditación de que yo compre, que yo contrate y por lo tanto en base al contrato yo soy la madre.

La realización de estas entrevistas me permitió conocer cuál es la posición de los administradores de justicia en el estado de Tabasco respecto a la

maternidad subrogada, como se puede observar en líneas anteriores se considera que es lícita esta práctica debido a que está permitida por el Código Civil para el Estado de Tabasco y además que consideran se debe acudir a lo establecido en los instrumentos jurídicos internacionales para complementar lo que no se encuentre regulado, aunado a ello consideran que si debe ser denominado contrato de maternidad subrogada ya que es un acuerdo de voluntades y que debe cuidarse las especificaciones de cada uno, para determinar su validez.

CONCLUSIONES

Con el presente trabajo de investigación se han logrado cumplir los objetivos específicos propuestos y que fueron desarrollados en el capitulo expuesto anteriormente, con base en lo anterior puedo llegar a las siguientes conclusiones:

1. El Derecho Civil y el Derecho de Familia deben ser consideradas disciplinas separadas ya que están distinguidas por el interés público, entendido este como la importancia y trascendencia social que tiene la familia, por lo cual se puede decir que las relaciones jurídicas inherentes al Derecho de Familia no son de Derecho Privado ya que en estas normas prevalece el orden público y aunque se deja cierto margen de actuación en las relaciones familiares a la voluntad de las partes, la autonomía de la voluntad típica del Derecho Civil, está limitada por el interés público, además los integrantes de la familia no son considerados en un plano de igualdad puesto que se considera la condición que ocupa dentro del grupo familiar, y siempre se busca proteger al sujeto más vulnerable, y prevalecerán principios como el interés superior del menor.
2. Aunque con base al estudio realizado solo algunos estados de la República Mexicana han emitido un Código de Familia, entendiendo así su separación del Derecho civil, es importante señalar que esta separación debe ser estructural y se debe proteger los principios y criterios que conlleven al libre desarrollo de la familia, para lograr así una verdadera separación del Derecho civil y no un simple cambio de denominación.
3. El principio del interés superior del menor aunque es considerado un concepto jurídico indeterminado, en México la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo definió de la siguiente manera: "*la expresión 'interés superior del niño'.. implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la*

elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

4. Con base en el estudio realizado a los Códigos de la República tanto Civiles como Familiares se concluye que todos regulan el principio del interés superior en diversas materias como guarda y custodia, patria potestad, adopción, divorcio, en general en todas las controversias que involucre derecho de los menores.
5. Se concluye además que la familia sigue siendo la célula de la sociedad y que es importante su protección en el entendido que en la actualidad no existe un modelo único de familia, sino que como seres humanos hemos evolucionado y conformado una diversidad de relaciones interpersonales que deben considerarse como familia y ser protegidos por el Derecho.
6. Las técnicas de reproducción humana asistida son el conjunto de técnicas que permiten la reproducción o procreación humana artificial, esto es, fuera del cauce natural, que consiste en la fecundación del óvulo por el varón en el seno de la mujer, con subsiguiente desarrollo ininterrumpido en su propio organismo.
7. La maternidad subrogada médicamente denominada gestación por sustitución es una práctica médica que consiste en la gestación de un niño por una mujer que puede o no tener un vínculo genético con él, con la finalidad de entregárselo a una pareja o a otra persona, previo el cumplimiento de la normatividad existente, al momento de su nacimiento.
8. La maternidad subrogada permite la posibilidad de crear vida, su existencia como avance de la ciencia médica es trascendental en el ámbito de la procreación, pero no debe permitirse que la finalidad altruista de este procedimiento se vea opacada por los fines mezquinos que han convertido este procedimiento en un negocio jurídico de carácter comercial, disponiendo de un bien indisponible como es la vida, generando problemas sociales como la cosificación de la mujer, el turismo reproductivo, la trata de

personas, entre otros derivados de la falta de regulación clara y coherente con la protección de la dignidad humana y de los Derechos Humanos.

9. Se puede concluir además que con base en el estudio legislativo que se realizó respecto de la regulación en materia de reproducción asistida y específicamente sobre la maternidad subrogada, aunque es preciso afirmar que no existe regulación perfecta si es necesario que nuestro ordenamiento jurídico considere como prioritarios a los principios mínimos que permitan proteger los Derechos Fundamentales de todos los sujetos intervinientes en el procedimiento de maternidad subrogada, máxime el de los sujetos vulnerables como son los menores que nacerán producto de la realización de este procedimiento y la mujer que fungirá como gestante.
10. El instrumento jurídico de maternidad subrogada debe ser un convenio en el cual las partes acuerden todo lo relativo al procedimiento médico y se establezcan claramente las obligaciones y derechos de todos los intervinientes velando por la protección de su Dignidad, Derechos Humanos y garantía del interés superior del menor.
11. Queda demostrada la hipótesis planteada al inicio de esta investigación toda vez que la regulación existente en el Código Civil para el Estado de Tabasco respecto a la maternidad subrogada no establece claramente los límites ni especificaciones respecto a este importante procedimiento por lo cual se puede afirmar que es una regulación vaga y ambigua según los conceptos estudiados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DOCTRINA

ALMAZÁN CUÉ, Juan Paulo, *De la filiación resultante a través de la aplicación de técnicas de fecundación humana asistida*, México, Flores, 2008.

APARISI MIRALLES, Ángela, “El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global”, *cuadernos de bioética*, España, Volumen XXIV, mayo- agosto, 2013.

ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, España, Trotta, 2014.

-----, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001.

AVALOS CAPLIN, Jimena, “Derechos reproductivos y Sexuales” en Ferrer McGregor, Eduardo, *et. al.*, (coords.), *Derechos Humanos en la Constitución comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana II*, México, SCJN, 2013.

BACCINO Giulliana, (ed.), *Reproducción Humana Asistida. Aspectos Jurídicos, Sociales y Psicológicos*, Valencia, tirant lo Blanch, 2014.

BAFFONE, Cristiana, “La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 137, mayo-agosto, 2013.

BAQUEIRO ROJAS, Edgar, y Buenrostro Baéz, Rosalía, *Derecho Civil, Introducción y personas.*, México, Oxford, 2003.

-----, *Derecho de Familia*, 2ª. Ed., México, Oxford, 2013.

- BARRANCO AVILES, María y Churruca Muguruza Cristina, (editoras), *vulnerabilidad y protección de los Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- BARTILONI ESPARZA, Marcelo *et. al.*, *Maternidad Subrogada: explotación de mujeres con fines reproductivoS*, México, capricho, 2014.
- BRENA SESMA, Ingrid, “La Gestación subrogada ¿Una nueva figura en el Derecho de Familia” en Brena Sesma, Ingrid, (coord.) *Reproducción Asistida*, México, IJ-UNAM, 2012.
- BUSTOS PUECHE, José Enrique, *Manual sobre bienes y derechos de la Personalidad*, 2da. Ed., España, Dykinson, 2008.
- CALVO MEIJIDE, Alberto, “el nasciturus como sujeto del derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista.”, *Cuadernos de Bioética*, España, Vol.15. núm. 54. 2004.
- CARBONELL, José, *et. al.*, *Las familias en el siglo XXI: una mirada desde el derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012.
- CASAS, María de la Luz, *Dilemas actuales: respuestas humanas*, México, LID, 2013.
- CASTRO MORENO, Julio Alejandro, “Eugenesia, Genética y Bioética. Conexiones históricas y vínculos actuales”, *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, no.30, 2014.
- CHIAPERO, Silvana María, *Maternidad subrogada*, Argentina, Astrea, 2012.
- DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, México, Porrúa ,2005.

_____, *Elementos del Derecho Civil Mexicano. Introducción, personas, familia*. 15ª. ed. México, Porrúa, 1986.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ José Alfredo, *Derecho Civil, parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, 3ra. ed., México, Porrúa, 1992.

_____, *Derecho Civil. Familia*, México, Porrúa, 2008.

DREYZIN de Klor A. y Harrington, C., “La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?”, *Revista de Derecho de Familia*, octubre de 2011.

FLORES SALGADO, Lucerito Ludmila, “Reflexión ético jurídica sobre las técnicas de reproducción asistida” IUS. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, México, núm. 20, 2007.

G. DOX, Ida, *et. al. Diccionario Médico ilustrado*, España, harpercollins, 2011.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil*, 14ª.edición, México, Porrúa, 1995.

GALINDO SIFUENTES, Ernesto, *Argumentación Jurídica técnicas de argumentación del abogado y del juez*, 4ta. Ed., México, Porrúa, 2011.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, México, Porrúa, 2009.

GARCÍA Ruiz, Yolanda., *Reproducción humana asistida. Derecho, conciencia y libertad*, Comares, 2004.

GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, “Reproducción Asistida”, *Revista Mexicana de Derecho*, México, num.9, 2007.

GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea, “La explotación y trata de mujeres con fines sexuales: el papel del sector salud” *Gaceta Sanitaria*, Barcelona, Vol. 25, no. 5, septiembre – octubre, 2011.

GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal, “La subrogación de la maternidad” *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.* México, núm. 20, 2007.

HAGHENBECK ALTAMIRANO, Javier, *La bioética un reto del tercer milenio*, México, UNAM, 2002.

HURTADO OLIVER, Xavier, *El Derecho a la vida ¿y la muerte?, procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia, suicidio asistido y aborto, problemas éticos, legales y religiosos*, 3ra. ed. México, Porrúa, 2008.

ISLAS COLÍN, Alfredo, “Derecho a la Dignidad”, *Perfiles de las ciencias sociales*, México, Año 03, No. 05, julio-diciembre 2015.

ISLAS MONTES, Roberto, “Principios jurídicos”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año XVII, Montevideo, 2011.

JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael, y Torre Díaz, Javier de la, *La reproducción médicamente asistida: un estudio desde el derecho y desde la moral*, España, UNED - Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2013.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, “Constitución y Codificación Civil”, en Villabella Armengol, Carlos, *et. al., Derecho Civil Constitucional*, México, Mariel, 2015, p. 17-44.

LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución, ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, España, Universidad de Barcelona, 2013.

— — — — — “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, num.24, enero 2012.

LÓPEZ GUZMÁN, José, “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, 2012.

MARTÍNEZ .MORALES, Rafael, *Diccionario Jurídico General*, México, IURE, 2007.

MARTÍNEZ BULLÉ Goyri Víctor m. (Coord.) *Genética Humana y Derecho a la Intimidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1998.

MATORRAS Roberto y Crisol, Lorena, “Fertilidad e Infertilidad humanas”, en Matorras Weinig, Roberto (ed.) *Libro blanco Sociosanitario “La Infertilidad en España: Situación Actual y Perspectivas”* España, 2011.

MUÑOZ ROCHA, Carlos I. *Derecho Familiar*, México, Oxford, 2013.

OCHOA HOFMAN, Alfonso E., “El Derecho a tener hijos consideraciones éticas y morales”, en Brena Sesma, Ingrid (coord.) *Reproducción asistida*, México, UNAM, 2012.

OLAVE IBARRA, Olaf Sergio, *Obligaciones y contratos civiles*, México, Blanca y comercio, 2000.

OLIVA GÓMEZ, Eduardo y Villa Guardiola, Vera Judith, “Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización”, *Justicia Juris*, Colombia, vol.10 no.1 enero-junio, 2014.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, *et. al.*, (coord.), *Hacia la protección de la Familia. Perspectivas del Derecho de Familia hoy: preguntas, respuestas y propuestas*. España, Thomson, 2012.

ORTIZ MOVILLA, B. y Acevedo Martín, “Reproducción asistida y salud infantil”, *Pediatría Atención Primaria*, Madrid, v. 12, núm. 48, octubre-diciembre, 2010.

PACHECO, Walters, *et al.*, "Familia Reconstituida. El significado de "Familia" en la Familia Reconstituida", *Psicología Iberoamericana*, México, vol. 14, núm. 2, diciembre, 2006.

PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, "El impacto de las nuevas tecnologías reproductivas en la familia: presente y futuro" en Martínez Bullé Goyri Víctor m. (Coord.) *Genética Humana y Derecho a la Intimidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1998.

PÉREZ FUENTES Gisela María y Cantoral Domínguez Karla, "La dignidad el menor en caso de la maternidad subrogada en el Derecho Mexicano, una propuesta legislativa desde la academia", *Revista Boliviana de Derecho*, Bolivia, año X, núm. 17, Enero 2014.

PUCCINELLI, Oscar R., "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las técnicas de reproducción humana asistida", en Acedo Penco, Ángel, *Estudios Jurídicos de aproximación del Derecho latinoamericano y Europeo*, España, Dykinson, 2014.

PYRRHO, Monique, *et. al.*, "Dignidad humana. Reconocimiento y operacionalización del concepto" *Acta bioética*, Santiago de Chile, v.15, n.1 2009.

RAVETLLAT Ballesté, Isaac, "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término" *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, nº 2, 2012.

RODRÍGUEZ-YONG, Camilo A, *et. al.*, "El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense" *Revista de Derecho (Valdivia)*, Chile, vol. XXV, núm. 2, diciembre, 2012.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*, México, Porrúa, 2010.

- RUIZ FLORES, Francisco J. y García Velasco, Juan A., “Estimulación ovárica en usuarias mayores de 38 años”, *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, Lima, V. 58, num.1, 2012.
- SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga María del Carmen, *et. al.* , *Sociología General y Jurídica*, México, Porrúa, 2013.
- SCOTTI, Luciana Beatriz, “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, *Pensar Derecho*, Argentina, Diciembre, 2012.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *temas selectos de Derecho Familiar. Paternidad.*, México, 2014.
- TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Maternidad Subrogada*, México, SISTA, 2013.
- TRIGUEROS G., Laura, “Algunos temas de Derecho familiar” en Gonzales Martin, Nuria y Rodríguez Benot, Andrés, (coords.) *Estudios sobre adopción internacional*, México, UNAM, 2001.
- URÍA ACEVEDO, María de las Mercedes Ales, *El derecho a la identidad en la filiación*, Sevilla, Tirant Lo Blanch, 2012.
- UZCATEGUI U, Ofelia, “Derechos del no nacido”, *Rev Obstet Ginecol*, Venezuela, Vol. 73, Nº 2, junio 2013.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J., *La maternidad subrogada estudio ante un reto normativo*, España, Comares, S.L., 2012.
- VERA RAPOSO, Lucia, “Maternidad subrogada”, *Revista de Derecho de familia*, México, 2008.
- VILLANUEVA, Ernesto, (coord.), *Diccionario de Derecho a la Información*, 3era. ed., t.I., México, IIJ-UMAM, 2010.

VILLAVERDE Ignacio, "Esbozo de una teoría general de los derechos fundamentales" *Revista Jurídica de Asturias*, No. 32, 1998.

ZAVALA PÉREZ, Diego, Derecho Familiar, México, Porrúa, 2006.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de enero de 2016.

Código Civil del Estado de Aguascalientes. Publicado el 7 de diciembre de 1947. Última reforma publicada en el periódico oficial el 2 de febrero de 2015.

Código Civil para el Estado Baja California. Publicado en el Periódico Oficial No. 3, de fecha 31 de enero de 1974. Última reforma publicada en el periódico oficial el 29 de mayo de 2015.

Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur. Publicado en el Boletín Oficial del Gobierno del Estado de Baja California Sur el 19 de Julio de 1996. Última reforma publicada BOGE 31-03-2015.

Código civil del Estado de Campeche. Publicado en el periódico Oficial el 13 de octubre de 1942. Última reforma 22 de Noviembre de 2013.

Código civil para el Estado de Chiapas. Publicado en el Periódico Oficial el 2 de febrero de 1938. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 27 de noviembre de 2014.

Código Civil del Estado de Chihuahua. Publicado en el Periódico Oficial el 24 de marzo de 1974. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 25 de junio de 2014.

Código Civil para el Estado de Coahuila. Publicado en el Periódico Oficial el 25 de junio de 1999. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 15 de diciembre de 2015.

Nuevo Código Civil para el Estado de Colima. Publicado en el Periódico Oficial el 25 de septiembre de 1954. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 5 de septiembre de 2015.

Código Civil para el Distrito Federal. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928. Última reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 05 de febrero de 2015.

Código Civil para el Estado de México. Publicado en el Periódico Oficial el 7 de junio de 2002. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 3 de febrero de 2016.

Código Civil para el Estado de Durango. Publicado en el Periódico Oficial del Estado el 22 de enero de 1948. Última reforma publicada en el periódico oficial el 28 de diciembre de 2014.

Código Civil para el Estado de Guanajuato. Publicado en el Periódico Oficial el 14 de mayo de 1967. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 11 de septiembre de 2015.

Código Civil del Estado Libre y Soberano de Guerrero Publicado en el Periódico Oficial el 2 de marzo de 1993. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 24 de julio de 2015.

Código Civil para el Estado de Hidalgo Publicado en el Periódico Oficial el 8 de octubre de 1940. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 22 de diciembre de 2014.

Código Civil para el Estado de Jalisco Publicado en el Periódico Oficial el 25 de febrero de 1995. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 5 de septiembre de 2015.

Código Civil para el Estado de Michoacán de Ocampo Publicado en el Periódico Oficial el 11 de febrero de 2008. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 3 de febrero de 2012.

Código Civil para el Estado de Morelos. Publicado en el Periódico Oficial el 13 de octubre de 1993. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 11 de diciembre de 2008.

Código Civil para el Estado de Nayarit. Publicado en el Periódico Oficial el 22 de agosto de 1981. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 27 de mayo de 2015.

Código Civil para el Estado de Nuevo León. Publicado en el Periódico Oficial el 6 de julio de 1935. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 27 de mayo de 2015.

Código Civil para el Estado de Oaxaca. Publicado en el Periódico Oficial el 25 de noviembre de 1944. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 9 de mayo de 2015.

Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla. Publicado en el Periódico Oficial el 30 de abril de 1985. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 9 de marzo de 2015.

Código Civil del Estado de Querétaro. Publicado en el Periódico Oficial el 10 de noviembre de 1872. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 22 de mayo de 2015.

Código Civil para el Estado de Quintana Roo. Publicado en el Periódico Oficial del Estado el 8 de octubre de 1980. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 24 de julio de 2015.

Código Civil para el Estado de San Luis Potosí. Publicado en el Periódico Oficial el 2 de febrero de 1938. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 27 de noviembre de 2014

Código Civil para el Estado de Sinaloa. Publicado en el Periódico Oficial el 23 de julio de 1940. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 6 de febrero de 2013.

Código Civil para el Estado de Sonora. Publicado en el Periódico Oficial el 24 de agosto de 1949. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 15 de junio de 2015.

Código Civil para el Estado de Tabasco. Publicado en el Periódico Oficial el 9 de abril de 1997. Última reforma publicada en el Periódico Oficial en febrero de 2016.

Código Civil para el Estado de Tlaxcala. Publicado en el Periódico Oficial el 20 de octubre de 1976. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 12 de enero de 2007.

Código Civil para el Estado de Tamaulipas. Publicado en el Periódico Oficial el 10 de enero de 1987. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 14 de julio de 2015.

Código Civil para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave. Publicado en el Periódico Oficial el 15 de septiembre de 1932. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 26 de mayo de 2015.

Código Civil para el Estado de Yucatán. Publicado en el Periódico Oficial el 31 de diciembre de 1993. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 12 de junio de 2015.

Código Civil para el Estado de Zacatecas. Publicado en el Periódico Oficial el 24 de mayo de 1986. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 31 de diciembre de 2014.

Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo. Publicado en el Periódico Oficial el 11 de febrero de 2008. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 19 de agosto de 2014.

Código de Familia para el Estado de Morelos. Publicado en el Periódico Oficial el 6 de septiembre de 2006. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 1 de febrero de 2012.

Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí. Publicado en el Periódico Oficial el 18 de diciembre de 2008. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 17 de septiembre de 2015.

Código Familiar para el Estado de Sinaloa. Publicado en el Periódico Oficial el 6 de febrero de 2013. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 16 de agosto de 2013.

Código Familiar para el Estado de Sonora. Publicado en el Periódico Oficial en abril de 2011. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 15 de junio de 2015.

Código Familiar para el Estado de zacatecas. Publicado en el Periódico Oficial el 10 de mayo de 1986. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 7 de febrero de 2015.

Código Familiar para el Estado de Yucatán. Publicado en el Periódico Oficial el 16 de octubre de 2007. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 12 de junio de 2015.

Ley general de salud. Última reforma publicada el 12 de noviembre de 2015.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Argentina. Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina. Elaborado por la comisión redactora de la reforma presidida por el Dr. Ricardo Lorenzetti, inicia su vigencia el 1 de agosto de 2015.

España. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. España

India. Directrices nacionales para la acreditación, supervisión y regulación de las clínicas de tecnología de reproducción asistida en la India, emitidas por el Consejo Indio de Investigación Médica

TRATADOS INTERNACIONALES

Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la resolución de la Asamblea General 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

La Carta Social Europea. Turín, 18 de octubre de 1961. Consejo de Europa (Estrasburgo).

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo San Salvador".

JURISPRUDENCIA NACIONAL

Tesis: 1a./J.25/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, l. XV, t. 1, Diciembre de 2012.

Tesis: I.3o.C.918 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIII, Febrero de 2011,p.2327.

Tesis: 1a. VI/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, décima época, Tomo I,p.749.

Tesis: 1a. CDXXV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo I, Diciembre de 2014, p.219.

Tesis: 1a./J. 25/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Libro XV, Tomo 1 , Diciembre de 2012,p.334.

Tesis: P. XXII/2011,*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época,Tomo XXXIV, Agosto de 2011,P. 879.

Tesis: 1a. CCCLIV/2014 (10a.) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo I Octubre de 2014, P. 602.

Tesis: I.7o.C.102 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVII, Marzo de 2008, p. 1770.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Caso "Artavia Murillo y otros ('fecundación *in vitro*') vs. Costa Rica"

DOCUMENTOS Y ESTUDIOS CONSULTADOS EN INTERNET

Aguayo, Enrique, *El concepto de la persona humana*, México, ITAM,2000 ,http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras41/notas1/sec_1.html

Comité de los Derechos del Niño, *Observación General nº14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*,2013

Carbonell Miguel y Sánchez Ruiz Rubén, ¿Qué es la constitucionalización del derecho?, IJ-UNAM, 2008 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/15/cnt/cnt3.pd>
tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/.../1.../CRC_C_GC_14__7202_S.do

Diccionario de la Real Academia Española

www.rae.es