

ANÁLISIS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL NUEVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL MEXICANO: CASO TABASCO

ANALYSIS OF SURROGACY IN THE NEW MEXICAN CONSTITUTIONAL PARADIGM: CASO TABASCO

José Esteban Ramón Galicia Pérez¹

Dr. Luis Abraham Paz Medina*²

Dra. Marisol González Hernández³

Dr. Juan Marcelino González Garcete⁴

RESUMEN

Dado el aumento de las técnicas de reproducción humana y las alternativas médicas para combatir los problemas de infertilidad, es necesario evaluar las consecuencias legales de su regulación en México, especialmente cuando viola la diversidad de derechos fundamentales de las familias modernas o contemporáneas. En este artículo se hace un estudio sobre la inconstitucionalidad de la regulación de la maternidad subrogada en la entidad federativa de Tabasco, porque hasta ahora, el procedimiento es exclusivamente para la familia tradicional. Se propone que los creadores de la norma jurídica comiencen a legislar dentro de la

¹ Estudiante de la Licenciatura en Derecho. División Académica Multidisciplinaria de los Ríos de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Tenosique, Tabasco, México. [galicia.2010@hotmail.com](mailto:g Galicia.2010@hotmail.com)

² Doctor en Derecho. Profesor Investigador de Tiempo Completo Asociado “B”, Presidente de la Academia de Derecho de la División Académica Multidisciplinaria de los Ríos de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Tenosique, Tabasco, México; Reconocimiento Perfil Deseable Prodep, Miembro del Sistema Estatal de Investigadores del Consejo de Ciencia y Tecnología del Estado de Tabasco, Candidato al Sistema Nacional de Investigadores del Consejo de Ciencia y Tecnología (CONACYT)

*Autor para correspondencia: licapm76@hotmail.com

³ Doctora en Derecho. Profesora Investigadora Tiempo Completo de Base Asociado “A”, en la División Académica Multidisciplinaria de los Ríos de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Tenosique, Tabasco, México. magohe76@hotmail.com

⁴ Doctor en Derecho y Doctor en Ciencias Políticas por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, Paraguay. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, Profesor Invitado en diversas Universidades Nacionales y del Extranjero, incluida la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco y Doctor de Derecho y Ciencias Sociales, UNA.

modernidad ante la evolución de la institución de la familia y a romper paradigmas no sólo en los cambios estructurales del sistema jurídico.

Palabras clave: Derecho a formar una familia; Derecho a la reproducción; material genético; derechos humanos.

ABSTRACT

Given the rise of human reproduction techniques assisted as medical alternatives to combat infertility problems and preserve the species, it is necessary to assess the legal consequences of its regulation in our country, especially when it violates a diversity of fundamental rights of modern or contemporary families. In this article, a study is made regarding the unconstitutionality of the regulation of surrogate maternity in Tabasco, because up to now the procedure is exclusively for the traditional family. It is proposed that the creators of the legal norm begin to legislate within the modernity before the evolution of the institution of the family and to break paradigms not only in the structural changes of the legal system.

Keywords: Right to found a family; right to reproduction; genetic material; human rights.

INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos, el contexto de los avances científicos, la innovación y el desarrollo de las tecnologías, han superado definitivamente el ámbito de la ciencia jurídica, razón por la que cotidianamente surgen una diversidad de controversias o situaciones que requieren ser objeto de estudio y análisis para la aportación de soluciones eficaces, como ejemplo de lo anterior, se presentan las innovaciones médicas y científicas que desde hace tiempo han presentado alternativas a diversas problemáticas de infertilidad y esterilidad. Como aportación de éste ámbito, se presentan las técnicas de reproducción humana asistida, que llegaron para dar solución a los fallidos intentos de concepción o fracasos por la incapacidad de contener al embrión unicelular y llevar a cabo de manera exitosa la etapa de gestación hasta el alumbramiento, permitiendo que una gran cantidad de personas accedieran a

estas alternativas, a fin de favorecer la voluntad de procrear, formar una familia y preservar la descendencia.

Sin embargo, lo que se creaba en un inicio para permitir brindar esperanzas a parejas heterosexuales que enfrentaban la imposibilidad de reproducirse, posteriormente representó en el mejor de los casos, la oportunidad para que parejas del mismo sexo o mujeres que pretendían evitar deformaciones físicas en su cuerpo, acudieran a optar por estas opciones de reproducción humana, haciendo uso del cuerpo de una tercera persona, mediante el procedimiento por subrogación en cita, como sucedía en las prácticas de las culturas ancestrales, ante los problemas de infertilidad de la época. Y en un sentido negativo, la comercialización del cuerpo humano, inicialmente por agencias de subrogación que operan haciendo uso de mujeres de escasos recursos y en situaciones de vulnerabilidad, hasta actividades que implica trata de personas, comercialización de bebés, o tráfico de órganos.

A consecuencia de lo anterior, algunas legislaciones del mundo optaron por prohibir la práctica del procedimiento a fin de preservar el principio de la integridad de la persona humana, no violar el orden público y moral, defender la dignidad de las mujeres a fin de evitar que constituyan una forma de comercio humano ilegal y evitar que los niños que nazcan bajo la práctica de las técnicas de reproducción asistida se conviertan en bienes de consumo, además de prevenir la comercialización de la fertilización in vitro y de la transferencia de embriones; otras naciones se encuentran en vacío legal respecto al tema, pretendiendo silencio legislativo ante la complicada delimitación en cuanto al uso y el establecimiento de mecanismos para la protección internacional del menor (Galicia, 2016), sin vulnerar los derechos humanos de la personas que intervienen en el procedimiento; por último, en un tercer grupo se encuentran aquellos países que permiten legal y expresamente la práctica de la maternidad subrogada, por ejemplo, la actual legislación que contempla el Código Civil del Estado de Tabasco en los

Estados Unidos Mexicanos, entidad federativa pionera en esta materia desde el año 1997 y al que internacionalmente se le conoce como Paraíso del turismo reproductivo, así como el Código Familiar del Estado de Sinaloa. Sin embargo, desde la última reforma del Código Civil tabasqueño en el año 2016, con la adición del Capítulo VI Bis de la gestación sustituta y subrogada, se le incorporaron una diversidad de disposiciones que violan los derechos fundamentales de las personas, mismos que se encuentran contemplados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Instrumentos internacionales que forman parte del orden jurídico del país, situación que restringe su acceso a la práctica de las mismas, aun cuando el artículo 1o. constitucional en su primer párrafo se refiere a la “igualdad en derechos humanos”, además de que el mismo ordenamiento supremo de la Nación dispone que “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad...”

En éste artículo nos centraremos en el análisis de la inconstitucionalidad que presentan diversos preceptos normativos de la actual regulación de la técnica de reproducción humana asistida denominada: gestación por subrogación, alquiler de útero o maternidad subrogada, contemplada en el Código Civil del Estado de Tabasco. La cual se encuentra en múltiples definiciones que pueden ser localizadas en la doctrina, en instrumentos normativos del país y el extranjero.

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 por ser interdependientes y progresivos, ya que nuestra Constitución señala en el párrafo tercero del artículo 4º que: “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos”. Al

lado de los derechos 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 (Brena, 2012). Y por otro lado, los derechos de todas las personas insertos en el artículo 4º Constitucional que se traduce en el derecho a formar una familia, la expresión de igualdad del hombre y la mujer ante la ley para el desarrollo de la misma, derecho a la libertad de procreación, derecho a la reproducción humana y en el artículo 1º la garantía constitucional de los extranjeros a solicitar la práctica del procedimiento en México, ya que el antes citado artículo señala puntualmente que todas las personas en el país, gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, tomando en consideración la existencia de una diversidad de tratados internacionales existentes en el tema, que tutelan la autonomía a la reproducción humana, como ejemplo la Proclamación de Teherán en 1968 aprobada en el marco de la Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos, que constituyen lo que la doctrina constitucional mexicana ha denominado bloque de regularidad constitucional, ya que tanto nuestra norma suprema junto con los tratados de derechos humanos que ahora tienen jerarquía constitucional, constituyen un frente común para la protección y defensa de los derechos humanos, además que los derechos humanos en México se rigen por los principios de Universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, sobre éste último el máximo la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido:

Principio de progresividad de los derechos humanos. Su concepto y exigencias positivas y negativas

El principio de progresividad está previsto en el artículo 1o. constitucional y en diversos tratados internacionales ratificados por México. Dicho principio, en términos generales, ordena ampliar el alcance y la protección de los derechos humanos en la mayor medida posible hasta lograr su plena

efectividad, de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto. Es posible diseccionar este principio en varias exigencias de carácter tanto positivo como negativo, dirigidas a los creadores de las normas jurídicas y a sus aplicadores, con independencia del carácter formal de las autoridades respectivas, ya sean legislativas, administrativas o judiciales. En sentido positivo, del principio de progresividad derivan para el legislador (sea formal o material) la obligación de ampliar el alcance y la tutela de los derechos humanos; y para el aplicador, el deber de interpretar las normas de manera que se amplíen, en lo posible jurídicamente, esos aspectos de los derechos. En sentido negativo, impone una prohibición de regresividad: el legislador tiene prohibido, en principio, emitir actos legislativos que limiten, restrinjan, eliminen o desconozcan el alcance y la tutela que en determinado momento ya se reconocía a los derechos humanos, y el aplicador tiene prohibido interpretar las normas sobre derechos humanos de manera regresiva, esto es, atribuyéndoles un sentido que implique desconocer la extensión de los derechos humanos y su nivel de tutela admitido previamente. En congruencia con este principio, el alcance y nivel de protección reconocidos a los derechos humanos tanto por la Constitución como por los tratados internacionales, deben ser concebidos como un mínimo que el Estado Mexicano tiene la obligación inmediata de respetar (no regresividad) y, a la vez, el punto de partida para su desarrollo gradual (deber positivo de progresar).

Amparo en revisión 750/2015. María Ángeles Cárdenas Alvarado. 20 de abril de 2016. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, Norma Lucía Piña Hernández y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ausente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Secretario: Alejandro González Piña.

2013216. 1a. CCXCI/2016 (10a.). Primera Sala. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 37, Diciembre de 2016, p. 378.

Sobre este mismo principio la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante Jurisprudencia de reiteración de criterios ha sostenido que:

Progresividad de los derechos humanos. Criterios para determinar si la limitación al ejercicio de un derecho humano deriva en la violación de aquel principio

El principio de progresividad de los derechos humanos tutelado en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es indispensable para consolidar la garantía de protección de la dignidad humana, porque su observancia exige, por un lado, que todas las autoridades del Estado mexicano, en el ámbito de su competencia, incrementen gradualmente la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos y, por otro, les impide, en virtud de su expresión de no regresividad, adoptar medidas que disminuyan su nivel de protección. Respecto de esta última expresión, debe puntualizarse que la limitación en el ejercicio de un derecho humano no necesariamente es sinónimo de vulneración al principio referido, pues para determinar si una medida lo respeta, es necesario analizar si: (I) dicha disminución tiene como finalidad esencial incrementar el grado de tutela de un derecho humano; y (II) genera un equilibrio razonable entre los derechos fundamentales en juego, sin afectar de manera desmedida la eficacia de alguno de ellos. En ese sentido, para determinar si la limitación al ejercicio de un derecho humano viola el principio de progresividad de los derechos humanos, el operador jurídico debe realizar un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho en relación con las implicaciones colectivas de la medida, a efecto de establecer si se encuentra justificada.

Tesis de jurisprudencia 41/2017 (10a.). Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del veintiséis de abril de dos mil

diecisiete. Esta tesis se publicó el viernes 12 de mayo de 2017 a las 10:17 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 15 de mayo de 2017, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Planteamiento del problema

Consideramos importante, previo inicio del desarrollo del presente artículo de investigación, exponer el planteamiento del problema y el motivo de la elección del tema. Al respecto, nos permitimos destacar las siguientes valoraciones que nos llevaron a realizar dicho estudio.

La técnica de reproducción humana asistida denominada maternidad subrogada, regulada en el Código Civil del Estado de Tabasco ¿Reviste características que garantizan la Supremacía de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el respeto a los derechos fundamentales de la persona consagrados en la misma?

La inconstitucionalidad de la recientemente reforma y adición del “Capítulo VI Bis de la gestación asistida y subrogada” al Código Civil de Tabasco, frente a la ley suprema, es el problema jurídico y social en el que nos enfocamos, puesto que, en las características del procedimiento de maternidad subrogada previstas, deben tomarse en cuenta el acceso a los derechos reproductivos no sólo de un delimitado sector de la población pues la regulación actual favorece por un lado a la familia tradicional y sitúa en desventaja a la familia pos-moderna o contemporánea, criterio que incluso va en contracorriente con lo establecido por la primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia 43/2015, que se expone a continuación:

Matrimonio. La ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad de aquél es la procreación y/o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional

Considerar que la finalidad del matrimonio es la procreación constituye una medida no idónea para cumplir con la única finalidad constitucional a la que puede obedecer la medida: la protección de la familia como realidad social. Pretender vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial con la procreación es discriminatorio, pues excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales. La distinción es discriminatoria porque las preferencias sexuales no constituyen un aspecto relevante para hacer la distinción en relación con el fin constitucionalmente imperioso. Como la finalidad del matrimonio no es la procreación, no tiene razón justificada que la unión matrimonial sea heterosexual, ni que se enuncie como "entre un solo hombre y una sola mujer". Dicha enunciación resulta discriminatoria en su mera expresión. Al respecto cabe recordar que está prohibida cualquier norma discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, tanto por parte de autoridades estatales como de particulares, pueden disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. Así pues, bajo ninguna circunstancia se puede negar o restringir a nadie un derecho con base en su orientación sexual. Por tanto, no es factible hacer compatible o conforme un enunciado que es claramente excluyente.

Resulta entonces relevante que la regulación jurídica garantice la protección de los derechos reproductivos y de autodeterminación reproductiva de manera coherente y moderna de los derechos humanos de los sujetos que deben intervenir, resaltando lo establecido por la Suprema Corte de Justicia en el sentido de que ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, tanto por parte de autoridades estatales como de particulares, pueden disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, la citada reforma al Código Civil del Estado de Tabasco de enero de 2016 es a todas luces violatoria de los principios constitucionales que regulan

a los derechos humanos y además es regresiva al vulnerar el principio de progresividad antes citadas. Puesto que los titulares de los mencionados derechos no sólo son los padres solicitantes y la madre subrogada, si no que a la vez lo son los niños que nacerán por medio de esta técnica, personas solteras e incluso mayores de la edad determinada en la reciente regulación en Tabasco (40 años, establece la fracción III del artículo 380 Bis 5), personas o matrimonios extranjeros y parejas del mismo sexo (matrimonios homosexuales), quienes representan un sector de la población privados de acceder a la técnica de la maternidad subrogada por la actual legislación tabasqueña, quienes quedan totalmente excluidos de poder venir a territorio tabasqueño a practicarse algunas de las técnicas de gestación por sustitución o subrogación, lo que a todas luces es violatorio de la Norma Suprema del País y de los Tratados internacionales de derechos humanos, ya que la reforma aprobada por el legislador tabasqueño la contradice, pero no sólo es inconstitucional sino también opuesto a la convencionalidad, porque atenta contras los principios rectores sobre los que descansan los derechos humanos: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Ya que como mencionábamos en párrafos anteriores, sobre la evolución de tecnologías, la institución de la familia no se queda atrás, pues se ha ido transformando como consecuencia de los cambios culturales y de la sociedad moderna.

En virtud de lo anterior nos surgen las siguientes interrogantes: en aquellos matrimonios en dónde uno de los conyugues pertenece a una nacionalidad distinta a la mexicana, ¿Qué sucede cuando deciden acudir a solicitar los servicios de una madre subrogada? Sin embargo, interpretamos que se le permite a cualquier pareja mexicana que reúna los requisitos para el procedimiento, incluso si viven en el extranjero, sustraer al menor del país y posteriormente darlo en adopción. La misma interrogante se presenta con personas solteras, personas en matrimonio cuya duración es menor a cinco

años, mujeres mayores de cuarenta años de edad con respecto a la fracción III del artículo 380 Bis 5, matrimonios extranjeros y parejas del mismo sexo, ¿Cuál es el alcance y límite de protección al derecho de formar una familia y los derechos reproductivos? En relación a las preguntas formuladas anteriormente, conforme a la actual regulación que la maternidad por subrogación tiene dentro del nuevo marco legal en el Código Civil del Estado de Tabasco, la misma se torna excluyente y discriminatoria de los derechos humanos, ya que niega la posibilidad de poder acceder a su práctica por restricción legal, ya que de manera tajante el párrafo segundo del artículo 380 bis del citado ordenamiento legal señala que:

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

En este artículo podemos encontrar una de las primeras violaciones a derechos humanos, *al excluir a las personas solteras y parejas homosexuales* de la posibilidad de utilizar algunas de las técnicas de reproducción humana asistida como la fecundación homóloga o heteróloga, pues de acuerdo al párrafo segundo del citado artículo, *solo se le permite a los cónyuges o concubinos* hacer uso de ellas, si bien se sabe que la Constitución de nuestro país reconoce el derecho de formar una familia de manera libre, también lo es que hay una acción contradictoria entre el marco civil regulatorio de la gestación por subrogación con el marco constitucional y convencional pues se está discriminando a las personas solteras y homosexuales al no permitírseles utilizar las técnicas de reproducción humana asistida.

El artículo cuarto, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que:

“Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”⁵.

Por lo tanto cualquier persona sin importar que sea soltera o casada tiene el derecho humano de formar una familia; desde otro punto de vista el contenido del artículo 380 Bis del Código Civil del Estado de Tabasco atenta en contra del principio de progresividad de los derechos humanos el cual significa que una vez que la persona adquiere o se le reconoce un derecho humano, éste no podrá ser disminuido, pero en el caso que nos aplica si bien el artículo no desconoce por completo el derecho humano a formar una familia, lo limita o reserva exclusivamente para personas casadas o que viven en concubinato, dejando fuera de toda posibilidad a las personas de estado civil solteras y a las persona homosexuales a través de un silencio normativo respecto a ellas, aunado que en Tabasco la legislación Civil no reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo.

La inconstitucionalidad de la reciente reforma y adición del “Capítulo VI Bis de la gestación asistida y subrogada” al Código Civil de Tabasco, frente a la Ley Suprema, es el problema jurídico y social en el que nos enfocamos, puesto que, en las características del procedimiento de maternidad subrogada previstas, deben tomarse en cuenta el acceso a los derechos reproductivos no sólo de un delimitado sector de la población pues la regulación actual favorece por un lado a la familia tradicional y sitúa en desventaja a la familia pos-moderna o contemporánea, criterio que incluso va en contracorriente con lo establecido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia 43/2015.

Aunado a esto, Margarita Collado, menciona que se presentan otras problemáticas, por solo citar algunas, respecto a la determinación de la

⁵ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, p. 8, recuperado del sitio de internet: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf, consultado el día 02 de junio de 2017.

filiación del menor nacido bajo esta práctica en los supuestos del sector de la población expuesta en líneas anteriores, el derecho del menor a conocer su origen filiar por ser producto de una técnica de maternidad subrogada, las formalidades que debe revestir el instrumento jurídico objeto de los servicios de prestación del material genético y gestante, y el derecho a la protección de los datos genéticos, todo lo anterior fundamentado en los derechos humanos, el interés superior del menor y la dignidad humana.

Para abordar el análisis de las preguntas iniciales del presente artículo respecto a la práctica de la técnica de reproducción humana asistida denominada maternidad subrogada y su regulación, el cual es sumamente amplio, dado la complejidad de los aspectos que se deben considerar, se procedió a delimitar el objeto de estudio.

En ese sentido, la presente investigación se concentra en un período de tiempo desde el año 1997, fecha en la cual es incluida la materia de la maternidad subrogada al ordenamiento civil tabasqueño, su reforma y adición del procedimiento en el capítulo VI Bis, hasta el año 2017, período en el que se discuten las iniciativas parlamentarias que pretenden reformar y adicionar a la Ley General de Salud, en materia de maternidad subrogada.

El estudio se centrará de manera particular su atención en los Estados Unidos Mexicanos, en especial en la entidad federativa de Tabasco, que de acuerdo a la investigación representa uno de los sitios alternativos para contratar los servicios de una gestante subrogada, debido a la legislación y la proyección que representa a nivel internacional como un paraíso de reproducción humana asistida, siendo pionero en materia de maternidad subrogada.

Los derechos a ser analizados en este artículo, son el derecho a formar una familia, el derecho a la libertad de procreación, los derechos reproductivos, la autodeterminación reproductiva y el interés superior del menor, tomando

como base el enfoque de la Supremacía Constitucional y la jerarquía de sus normas.

La postura asumida respecto de lo anteriormente expresado se sintetiza en la siguiente hipótesis:

Las características que reviste el procedimiento de maternidad subrogada prevista en el Sistema Jurídico Mexicano, especialmente en el Código Civil para el Estado de Tabasco por ambigüedad y vaguedad se presenta como una regulación que atenta contra el sector de la población perteneciente a la posmodernidad de la familia, sus derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los principios de supremacía constitucional, por lo que es necesario proponer los principios de este procedimiento.

Objetivo general

Para efectos del presente estudio, el artículo se circunscribirá a la consecución del objetivo general siguiente:

Realizar un análisis que exponga la postura de los autores sobre la inconstitucionalidad que presenta la actual regulación que en materia de maternidad subrogada, se encuentra incluida en el Código Civil para el Estado de Tabasco, en virtud que vulnera los derechos fundamentales y reproductivos de las familias contemporáneas, los cuales consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su parte dogmática, con el propósito de ofrecer un panorama más amplio que ofrezca respuestas a investigaciones sucesivas e incluso iniciativas para su reforma y que derivan del objeto principal de este estudio.

METODOLOGÍA

Debido a que ésta investigación pretende ser de carácter jurídico-propositivo y cuya perspectiva principal o fundamental se aborda desde las

Ciencias Jurídicas y posteriormente nutrirse de conocimientos provenientes de otros campos; para su desarrollo se han utilizado los métodos de historia crítica misma que permite un papel esclarecedor a través de la reconstrucción doctrinaria de un conjunto normativo, permitiendo así un material útil para identificar cambios de significado y valoración del derecho (Pérez, 2016), pues se ofrece una visión histórica de la regulación de la práctica de la maternidad subrogada a veinte años de su inclusión en el ordenamiento civil tabasqueño; el método de doctrina analítica que trabaja con una hipótesis a comprobar en la aplicación de dicho método, además, se caracteriza por el reconocimiento de los supuestos axiológicos para reconocer el problema y plantear la solución del mismo a través de una postura constructivista en la que esté presente la interdisciplinariedad en la elaboración de una nueva teoría que desafíe una decisión de autoridad propia de la normativa imperante (Pérez, 2016), en esta ocasión para abordar el estudio de las instituciones del Derecho de Familia y el Derecho Civil en relación con el procedimiento de maternidad subrogada, los principios de la Constitución para finalmente exponer la situación de desventaja de las familias pos-modernas y proponer un aporte a futuras investigaciones respecto al tema; el método de sociología jurídica pues a partir de éste se puede realizar un análisis de tipo multidisciplinario, interdisciplinario y transdisciplinario del hecho social (Covarrubias, 2013).

Este artículo tiene como desafío comprobar la hipótesis planteada y ofrecer argumentos para afrontar la problemática inconstitucional que enfrentan las familias pos-modernas o contemporáneas. Se concibe que los resultados de éste estudio fungirán como punto de referencia para iniciativas de reforma que pretendan subsanar las irregularidades que en materia de derechos humanos y garantías constitucionales vulnera la actual regulación tabasqueña en materia de maternidad subrogada.

Se advierte finalmente que el objeto de estudio de ésta investigación no es exclusivo del Derecho de Familia, el Derecho Constitucional, la Sociología Jurídica, incluso ni de las Ciencias Jurídicas, pues una gran cantidad de las actividades que se presentan durante un procedimiento de maternidad subrogada, interesan tanto al estudio del Derecho, cuanto a otras ciencias y disciplinas como la medicina, la bioética, la moral, la religión, la psicología, la antropología, solo por mencionar algunas. En este camino se ha tratado de superar las debilidades de las investigaciones jurídicas actuales explicadas por Jorge Witker (2008), cuando señala el aislamiento que existe en los estudios jurídicos respecto del resto de las ciencias.

RESULTADOS

A. Maternidad Subrogada

1) Definición

En la actualidad se conoce como maternidad subrogada al proceso en el que se establece un acuerdo entre una pareja que por diversos aspectos no puede embarazarse (solicitantes), y una mujer dispuesta a prestar su cuerpo para gestar a un bebé con el compromiso de entregarlo al nacer. Para que la madre gestante pueda embarazarse, se utiliza la fecundación in vitro o inseminación artificial, dependiendo del caso (Early Institute, 2015).

En el derecho comparado destaca la diversidad terminológica. Entre los anglosajones, tras el informe Warnock emitido en 1984 por el Comité de Investigación sobre Fertilización y Embriología Humana, se conoce la figura como *Surrogacy* (Warnock Report, 1984). En Francia se habla de *mère de substitution*, *mère porteuse*, *mère de remplacement* y *prêt d' uter*. En Italia se emplean los términos *affitto di útero* o *locazione di útero*. Para Alemania es *Lehmutter* (Martínez, 1994), y así sucesivamente variando el término de la figura en cada ordenamiento jurídico.

En la literatura científica procedente de países hispanohablantes, podemos encontrar varias expresiones que pretenden referirse al mismo hecho. Por lo anterior resulta común encontrar a la maternidad subrogada junto a expresiones como gestación por sustitución, alquiler de útero o de vientre, maternidad de encargo, subrogación uterina o gestación por subrogación. Como ha señalado Bellver, “no todas ellas indican exactamente lo mismo, pero tienen en común la voluntad de retirar la condición de madre a quien ha dado a luz un bebé y atribuirlo a otra, otro u otros” (Garibo, 2017).

Por otra parte, los autores consideramos que la maternidad subrogada representa aquel procedimiento de reproducción humana en el cual una mujer presta o renta su propio útero (el material para la gestación) y aporta o dona su óvulo (el material genético), sobre la base de un contrato, a una pareja contratante, para que mediante técnicas científicas y métodos de fertilización, geste el producto de la concepción y lleve a término un embarazo, para posteriormente entregar el bebé a los padres contratantes, de manera que, según sea el caso, otorgue la custodia del menor a favor del padre contratante (si éste fuera el padre biológico), renunciando la gestante a sus derechos materno-filiales a fin de que el menor pueda mediante adopción plena, ser adoptado a continuación, por la pareja del padre solicitante (la madre contratante o solicitante), procedimiento en donde puede o no, existir una retribución económica, según el ordenamiento jurídico en el que se practique.

Al respecto es necesario mencionar, además, que éste, nuestro segundo trabajo sobre la maternidad subrogada, tiene como antecedente una parte exploratoria ya publicada en la Revista Mundo Jurídico UDLA de la Universidad de la Amazonia, núm. 2, por lo que obviamos conceptos y elementos más profundos de la figura, así como la situación que presenta el procedimiento en cuanto a su regulación y posturas asumidas en los diferentes ordenamientos jurídicos del extranjero.

B. Las nuevas formas de familia: una visión posmodernista de la institución de la familia

1) Concepto de familia

La familia es la creación social más importante, es en consecuencia el fin del Estado. La construcción de su concepto resulta de los estudios de distintos enfoques multidisciplinarios de las ciencias y el derecho.

Concepto biológico. La familia como fenómeno biológico abarca a todos los que por el solo hecho de descender unos de otros, o de un progenitor común, generan lazos consanguíneos entre sí; debido a ello, el concepto biológico de familia indefectiblemente implica los conceptos de unión sexual y procreación (Baqueiro, 2005).

Concepto jurídico. Es la institución jurídica que surge de la propia naturaleza biológica, ética y social del ser humano; es una comunidad de vida primaria vinculada por lazos de matrimonio o concubinato y parentesco, cuyas relaciones interpersonales de sus miembros (cónyuges, concubinos, hijos, progenitores) constituyen un conjunto de deberes, derechos y obligaciones reguladas por el derecho; relaciones que deben darse en un ambiente de consideración, solidaridad, respeto a su dignidad e integridad física y psíquica, que el Estado está interesado en proteger (Baqueiro, 2005).

2) Clases de familia

Desde un enfoque sociológico, para Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez (2005), la familia se define como grupo, esto es, como la organización social básica formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos y los individuos unidos a ellos por intereses de sobrevivencia: económicos, religiosos, de ayuda, culturales, etcétera.

Las clases tradicionales de familia son las siguientes:

Familia nuclear. Compuesta exclusivamente de la pareja y sus descendientes inmediatos, los cuales, al unirse con los miembros de otras familias, forman una nueva familia.

Familia extensa. En estos casos, los familiares se organizan agrupándose en distintas parejas y sus descendientes pertenecen siempre a la familia originaria o familia del fundador. En esta circunstancia es posible que tres o más generaciones vivan juntas en una unidad familiar.

3) La posmodernidad de la institución de la familia

En contraste a las clases comunes de la familia tradicional, surgen nuevas clases de familia a causa de los contextos sociales, económicos y globales o de internacionalización, con características distintas a las antes expuestas.

La posmodernidad representa situaciones después de la modernidad. Si este apartado constituye un análisis de la posmodernidad en el contexto de la institución de la familia, se refiere a la diversificación de la noción de la familia en tanto su concepto, como en su aparición concreta en las sociedades de la actualidad.

En un inicio, el concepto tradicional de familia, en Latinoamérica ha sido desarrollado por la influencia de la Iglesia Católica, que reconoce la existencia como único modelo de familia al modelo nuclear, constituido por la unión por vía matrimonial entre heterosexuales o personas de sexos opuestos y sus descendientes. Modelo que consecuentemente excluye a otras estructuras familiares que no comparten este esquema, en virtud de circunstancias que orillan a modificar su estructura, como un nuevo estado civil (divorcio, viudez, un segundo matrimonio), preferencias sexuales, decisiones personales, profesionales e incluso económicas.

Al respecto exponemos una clasificación con características intrínsecas de familias que se encuentran fuera de las concepciones tradicionales:

Familia monoparental. Es la compuesta únicamente por uno de los padres (padre o madre) y sus hijos, como es el caso de las madres o padres solteros, de los divorciados o viudos cuando no contraen nuevas nupcias o se unen en concubinato.

Familia reconstruida. Es el resultado de la unión (matrimonio o concubinato) de parejas en las que uno o ambos miembros, con anterioridad, ya habían formado otra familia. Generalmente este tipo de familia se compone por la nueva pareja (padre y madre), los hijos de ambos y los hijos de cada uno procreados con la nueva pareja.

Familia homoparental. Al respecto, Quintero Velázquez (Quintero, 1997), señala que este tipo de modalidad familiar se conforma a través de la relación entre dos personas del mismo sexo (homosexuales o lesbianas). Los hijos son producto de relaciones heterosexuales de uno o ambos miembros, por adopción o uso de técnicas de fertilización asistida, por ejemplo, mediante procedimiento de maternidad subrogada o sustituta.

Familias interculturales. Un integrante del matrimonio pertenece a una diferente cultura, nacionalidad, raza o región. Ambos o alguno de los hijos pertenecen a una nacionalidad distinta, por ejemplo, en el supuesto que el matrimonio se encontrara fuera de su país de residencia durante el momento de parto y posterior nacimiento del menor.

Familias transculturales. Aquellas cuyos integrantes viven separadamente en distintas partes del mundo, por razones laborales o de estudios, pueden ser una variante del resultado de las familias interculturales. Martín Schatke (2016) la llama familia satélite.

Aunque en la actualidad se continúe mostrando en gráficos publicitarios, la televisión, libros de aprendizaje, etcétera, a un grupo compuesto por padres heterosexuales, un padre, una madre, un hijo y una hija con miras a figurar a una familia nuclear, como consta en líneas anteriores, se puede observar la

existencia de estructuras familiares realistas y distintas a las estereotipadas por la sociedad, y a las que por consecuencia, en ocasiones, los ordenamientos jurídicos otorguen menores ventajas para acceder a los servicios públicos del Estado y a garantizar la protección sus derechos humanos.

Día a día el grupo familiar tiende a evolucionar constantemente, por lo que se hace necesario que el Derecho regule dentro de la modernidad su propia definición y subsistir de acuerdo con los valores de su cultura. Sin embargo, para lograrlo se necesita que la sociedad inicie a tomar un criterio abierto para aceptar sus nuevas organizaciones y adecuarlas a las circunstancias, solo de esta forma se podrá aprender a entender a la familia desde nuevos enfoques.

En relación con un procedimiento de maternidad subrogada, la Doctora Ingrid Brena Sesma (2012), sostiene que la mejor solución para proteger a todos los participantes en el proceso, solicitantes, gestantes y menores y a los posibles terceros afectados como familiares de los solicitantes y cónyuge de la gestante, será la creación de una nueva institución de derecho de familia.

De lo contrario se continuaría privando de los derechos reproductivos, familiares, y humanos, como hasta ahora, lo hacen las legislaciones de las entidades federativas, especialmente la del Estado de Tabasco, restringiendo el acceso del procedimiento a un sector de la población cuya estructura familiar no encuadra en el tipo viejo, tradicional y vetusto concepto de familia.

C. Análisis de la regulación de la maternidad subrogada en el nuevo paradigma constitucional mexicano: Caso Tabasco

1) Evolución de la legislación en materia de maternidad subrogada en Tabasco.

Sobre la temática aquí plateada y en relación a México, cabe precisar que desde el año de 1997, en el Código Civil de la entidad federativa de Tabasco (pionero en esta materia al que internacionalmente se le conoce como Paraíso

del turismo reproductivo) se autorizó por vez primera en un ordenamiento legal de manera expresa el empleo de las técnicas de reproducción asistida y la intervención de una segunda mujer en el proceso de la gestación, estableciendo la filiación entre quienes solicitan el empleo de dichas técnicas y el producto de la gestación.

Como prueba de lo anterior, en el artículo 92 del mismo código distingue entre dos figuras que denominan gestación sustituta y maternidad subrogada. Describe como madre gestante sustituta a la mujer que alberga el producto del embarazo en su vientre, pero no provee el componente genético, por el contrario, señala como madre subrogada a la mujer que proporciona ambos componentes (el material para la gestación, su vientre y el material genético, su óvulo), situación que permite interpretar, que la mujer pueda, además, donar sus óvulos a fin de llevarlo fecundado a su vientre.

La legislación de Tabasco en contexto al tópico que se estudia, permite ejercer el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de los hijos, inserto en el artículo 4o. de la Constitución mexicana, al considerar como madre contratante a quien convenga en utilizar los servicios de una madre sustituta o subrogada.

En cuanto a temas de filiación, el mismo dispositivo contempla que en casos de maternidad subrogada, se estará al procedimiento ordenado para los casos de adopción plena, sin embargo, en la otra hipótesis, se establece la presunción de la maternidad a favor de la madre contratante que la presenta. La excepción legal que se presenta en el correspondiente articulado, se basa en el desconocimiento de la paternidad de un bebé nacido como producto de la participación en un procedimiento de maternidad subrogada, al establecer el último párrafo del artículo en comento, lo siguiente:

“...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...”

Al respecto salta a la vista que el legislador tabasqueño incurre en una contradicción porque pareciera que indica que la gestante sustituta aparecerá como madre del nacido con un hombre que no es su esposo cuando el mismo cuerpo legal establece la presunción de maternidad como resultado de la participación de una madre gestante sustituta a favor de la madre contratante que la presenta (Ruíz, 2017), pero para efectos del presente estudio, la maternidad sustituta se encuentra fuera del objeto de nuestro trabajo.

Por otra parte, en los casos de acceso a la práctica del procedimiento denominado maternidad subrogada y la posterior filiación del menor, el Código establece restricciones para su práctica, debido a que se presenta como requisito para la adopción plena los establecidos en el artículo 339 del Código Civil de Tabasco entre los cuales destaca su fracción primera y segunda, que copiado a la letra permite observar lo siguiente:

“...Para que la adopción plena tenga lugar se requiere:

I. Que los adoptantes sean un varón y una mujer casados entre sí o que vivan públicamente como marido y mujer, sin tener ningún impedimento para contraer matrimonio entre sí;

II. Los adoptantes deben tener como mínimo cinco años de vivir como marido y mujer;...”

Hasta el 2015 era evidente, que la legislación en materia de gestación por subrogación había reservado el acceso a esta técnica de reproducción a un delimitado sector de la población pues resulta necesario encontrarse en matrimonio o concubinato heterosexual con una duración mínima de cinco años.

Con lo anterior se dejaba fuera de ser susceptibles de acceder a este procedimiento a parejas del mismo sexo, como a personas solteras.

Si bien, hasta el momento el Código distinguía los efectos de la filiación entre madre sustituta y madre subrogada, el último caso que es el que nos interesa, remite al apartado de adopción plena en su fracción tercera del antes citado artículo 339, en donde manifiesta que el menor a ser adoptado puede ser producto de un embarazo como consecuencia del uso de otras técnicas de reproducción, entre las que menciona únicamente la inseminación artificial o fertilización in vitro o con la participación de una madre sustituta que haya convenido con los presuntos padres en darlo en adopción.

En éste precepto tendría que hacer mención expresa de madre subrogada, por otra parte, el Glosario de Terminología de Técnicas de Reproducción Asistida de la Organización Mundial de la Salud, expresa que estas modalidades no incluyen la inseminación artificial ni utilizando espermatozoides donados ni de la pareja, porque se debe distinguir entre reproducción asistida y técnicas de reproducción humana asistida.

Omite o deja fuera del alcance otras posibilidades de procreación asistida como la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones; y el útero subrogado.

En su momento era evidente que la legislación no establecía expresamente sobre el lugar donde se debía llevar a cabo el proceso clínico.

En su tiempo y con la vaguedad y ambigüedad de la regulación sobre el tema, la problemática en cuanto a la práctica del procedimiento en Tabasco, rebasó fronteras, principalmente cuando se pretendía registrar como hijos a los menores nacidos mediante éste procedimiento en un país como México que lo admite, en relación con otras naciones que lo prohíben como en

España, Francia y Costa Rica, quedando en estos casos en vulnerabilidad el interés superior del menor, la nacionalidad del bebé, sus derechos a formar parte de una familia, entre otros.

Un caso frecuentemente discutido fue en el año 2015, cuando un matrimonio de homosexuales españoles, quienes pretendían adjudicarse la doble filiación paterna de sus mellizos nacidos el 6 de enero de 2015 como producto de un contrato de servicio de gestación subrogada en el Estado de Tabasco, no lograban obtener el pasaporte de los menores debido a que la Secretaría de Relaciones Exteriores del gobierno mexicano les negaba el documento, dado que en España la maternidad subrogada se encuentra legalmente prohibida, pues en este país se establece por medio de la Ley 14/2006, la nulidad de pleno derecho a todo contrato que se realice de maternidad subrogada, situación que pone de manifiesto la vulnerabilidad del ejercicio de la voluntad para la procreación.

Luego de la regulación en materia de gestación por subrogación en Tabasco, otros códigos civiles y familiares del país, incluido el Código Familiar de Sonora, han regulado las figuras en cita; siendo los únicos ordenamientos legales mexicanos que contemplan regulación en favor a la temática aquí abordada.

2) Capítulo VI Bis de la gestación por sustitución y subrogación en el Código Civil del Estado de Tabasco

Recientemente en fecha 13 de enero de 2016, fue publicado en el Periódico Oficial del Estado de Tabasco una reforma al Código Civil, en la cual se adicionó al ordenamiento en cita, el “Capítulo VI Bis de la gestación asistida y subrogada”, cuyo contenido consta de ocho artículos que inicia con el artículo 380 Bis y finaliza con el artículo 380 Bis 7. Entre la regulación se contempla aspectos como definiciones, las modalidades, requisitos, procedimiento y responsabilidades, reforma que es vigente a partir del día

siguiente de su publicación en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Tabasco, es decir, ley a partir del 15 de enero de 2016.

En el transcurso del estudio de la regulación del capítulo VI Bis vigente en el actual Código Civil tabasqueño, destacan las siguientes circunstancias respecto al tema:

Restricción y limitativas al derecho de fundar una familia y a la libertad y autodeterminación reproductiva:

Al respecto, cabe destacar que, la reforma constitucional en materia de derechos humanos que entró en vigor en junio de 2011 colocó en el centro de la actuación del Estado mexicano la protección y garantía de los derechos humanos reconocidos y protegidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por éste, por lo tanto, se interpreta que la actual regulación de Tabasco, restringe y limita el derecho de fundar una familia y a la libertad y autodeterminación reproductiva, derechos presentes en instrumentos internacionales tales como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 10, sobre derechos relativos a la familia y el artículo 4o. de la ley suprema del país, al establecer el artículo 380 Bis 5 fracción III lo siguiente:

“...Artículo 380 Bis 5. El contrato de gestación deberá ser suscrito por las partes, previo cumplimiento por parte de los contratantes de los siguientes requisitos:

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

Tabla 2. Derechos humanos, garantías constitucionales y maternidad subrogada.

DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS EN RELACIÓN CON LA MATERNIDAD SUBROGADA EN MÉXICO	
DERECHOS HUMANOS	GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN MÉXICO
Derecho a la igualdad en el goce de derechos a hombres y mujeres (art. 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos).	Igualdad en derechos fundamentales (artículo 1o., párrafo primero de la CPEUM).
Derecho a la no discriminación en el otorgamiento de derechos (art. 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos).	Principio de no discriminación (artículo 1o., párrafo quinto de la CPEUM).
Derecho a la libertad y seguridad personales (art. 9 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos).	Libertad en el goce de derechos (art. 14, segundo párrafo de la CPEUM).
Derecho a la intimidad (art. 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos).	Derecho a la intimidad de la familia (art. 16 primer párrafo de la CPEUM).
Derechos relativos a la familia (art. 10 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).	Derechos relativos a la familia (art. 4o., segundo párrafo de la CPEUM).
Derecho a la salud física y mental (art. 12 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).	Derecho a la salud y consentimiento informado (art. 4o. Constitucional y art. 77 Bis 37 de la Ley General de Salud).
CPEUM = Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	

Fuente: *Elaboración propia.*

Como primer punto, destina el procedimiento exclusivamente a mujeres con problemas para concebir y llevar a término un embarazo, mismas que deberá contar con un certificado médico que avale dicha circunstancia.

En un segundo punto, como ya se había expuesto con anterioridad, tal parece que el legislador tabasqueño ha creado normas sin tomar en cuenta la constante evolución de la institución de la familia, pues en la actualidad,

existe una diversidad de nuevas clases de familias a consecuencia de los cambios sociales, tal es el caso de las familias monoparentales y homoparentales, a quienes se priva del acceso al procedimiento en términos implícitos del artículo 399 de la adopción plena.

En base a lo anterior, interpretamos que un hombre (sin importar su preferencia sexual) sin una mujer infértil o estéril, no puede acceder a este procedimiento, situación que vulnera la igualdad en derechos fundamentales, la libertad del goce de derechos y el principio de no discriminación entre una mujer y un hombre, incluidos en los artículos 1o. y 14 párrafo II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por otra parte, se coarta el derecho a la autodeterminación reproductiva de la mujer al establecer un límite entre 25 y 40 años de edad para contratar los servicios de una madre gestante.

Interés superior del menor:

Un detalle relevante que es menester ser objeto de discusión es el artículo 380 Bis 3 párrafo quinto, que a continuación manifiesta:

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

Consideramos que el precepto normativo antes citado representa una agresión al interés superior del menor nacido por maternidad sustituta, pues tomando como referencia la Tesis de jurisprudencia I.5o.C.J/14 de los Tribunales Colegiados de Circuito de fecha marzo de 2011, bajo el rubro: INTERES SUPERIOR DEL MENOR. ALCANCES DE ESTE PRINCIPIO, manifiesta que el sistema jurídico mexicano establece diversas prerrogativas de orden personal y social en favor de los menores, lo que se refleja tanto a nivel constitucional como en los tratados internacionales y en las leyes

federales y locales, de donde deriva que el interés superior del menor implica que en todo momento las políticas, acciones y toma de decisiones vinculadas a esa etapa de la vida humana, se realicen de modo que, en primer término, se busque el beneficio directo del niño o niña a quien van dirigidos.

En esta hipótesis, el menor al mantener lazos de parentesco (e incluso biológicos en contraste con la gestante sustituta) con los padres contratantes a consecuencia de la adopción plena, que en términos del artículo 398 del Código Civil de Tabasco, establece que el adoptado (en este caso, el nacido como resultado de un contrato de gestación sustituta) se incorpora a una familia como hijo legítimo, confiriéndole los apellidos de los adoptantes y los mismos derechos, obligaciones y parentesco que la filiación consanguínea, en consecuencia, ante la incapacidad o muerte de los padres contratantes, la protección y resguardo del menor corresponde a los ascendentes paternos y maternos en atención al artículo 425 y 426 del Código Civil de Tabasco.

Lo más viable sería que este derecho sustantivo fuese dirigido a la gestante subrogada quien es la que aporta el material gestante y genético, en virtud de que, al mantener lazos de parentesco consanguíneo con el menor, y ante la ausencia o muerte de los padres contratantes, pueda en caso de así desearlo, demandar la custodia del menor.

Al parecer este precepto normativo maneja al menor como un producto y no como una persona, denigrando su dignidad humana.

Inexistencia de mecanismos para garantizar el derecho a la intimidad y protección de los datos genéticos de los nacidos por este procedimiento:

Cantoral Domínguez (2012) manifiesta la necesidad de estudiar el derecho a la intimidad genética por estar relacionada con las situaciones de conflicto que se pueden generar por la divulgación no autorizada de los datos genéticos de las personas. Existe información genética que no se considera como privada, toda vez que se encuentra visible a cualquier persona con la que se

tenga contacto, en cambio, comenta la Doctora, existen algunos que pudieran ser catalogados como datos sensibles, en virtud que revelan el estado de salud físico o psíquico pasado, presente y futuro, la relación del individuo con otras personas o el origen étnico del titular de éstos.

Es necesario prestar atención que, en la regulación de Tabasco, el procedimiento de maternidad subrogada se pretenda manejar bajo estricto apego al secreto profesional, tomando en consideración que al crear el expediente clínico, el contrato de gestación, la póliza de seguro de gastos médicos mayores, el sometimiento a estudios señalados por la Secretaría de Salud del Estado, entre otros, se encuentra comprometida para su realización una gran cantidad de divulgación de datos personales, de la salud y genéticos de todos los participantes en el procedimiento e incluso del bebé, sin embargo, ante la ausencia normativa de mecanismos de protección de datos genéticos en la regulación de éste capítulo ¿Qué garantía de protección existe ante la divulgación de todos estos datos ante la Secretaría de Salud del Estado, Notarios Públicos, Registro Civil, Instituciones y Clínicas de reproducción humana asistida, las partes que participan en el procedimiento, sus familiares y los abogados que los asesoran?

Ante la presente interrogante, el legislador ha dejado desconocimiento sobre el tema, pues como algunos de ellos dicen “muchas veces es mejor que no haya una ley a que haya malas leyes” (Ruíz, 2017).

Por último, cabe destacar que los datos genéticos deberán tener un nivel de seguridad alto, tal como lo establecen las recomendaciones establecidas sobre los sistemas de seguridad de datos personales del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI en ese momento).

CONCLUSIONES

Los avances de la biología de la reproducción humana han dado pasos agigantados para hacer posible que muchas personas hayan podido procrear

y tener acceso a la maternidad y paternidad que, para algunos seres humanos, constituye uno de los principales objetivos biológicos en su ciclo de vida.

La reproducción humana asistida ya ha sido materia de regulación en países de América, Europa, África y Oceanía, en algunos ordenamientos jurídicos con el objeto de garantizar el derecho de las personas para procrear, en otras, para garantizar la protección de la dignidad humana del ser humano, en algunas ocasiones de manera improvisada, ambigua y vaga, debido a la complejidad de regular en esta materia, constantemente vulnerando los derechos humanos de tercera generación.

En el marco jurídico vigente en los Estados Unidos Mexicanos, nuestra Constitución Política establece en su artículo 4o. el derecho a planificar libre y responsablemente el número y espaciamiento de los hijos, reconociendo los derechos reproductivos de las personas mexicanas y de aquellas que se encuentren en nuestro país.

Pero si lo que se consagra constitucionalmente es la protección de la familia, pareciera que el legislador se enfoca a un delimitado tipo de familia la cual se constituye exclusivamente a través del matrimonio entre un hombre y una mujer, cuando lo ideal sería como Estado democrático de derecho (en el que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia) proteger a la familia como realidad social, cubriendo todas sus formas y manifestaciones, alcanzando dar cobertura a aquellas familias que se constituyan por cualquier otra forma que denote un vínculo similar, de nuevas nupcias, la migración, la economía, entre otros muchos factores que han originado que la organización tradicional de la familia haya cambiado.

Si bien es cierto, en cuanto a la dinámica de las relaciones sociales en las últimas décadas, se advierten transformaciones sociales relevantes en cuanto a las relaciones entre dos personas y la familia, por ejemplo, a las figuras del concubinato o las sociedades de convivencia, como ejemplo las uniones

heterosexuales u homosexuales, que no pueden tener hijos y que recurren a los avances médicos para lograrlo.

Por lo anterior, corresponde al Estado la asistencia a las personas para garantizar su derecho a decidir libremente el número y espaciamiento de su descendencia, lo que lleva implícito el reconocimiento a los derechos reproductivos, y en relación con el artículo 133 de la Ley Suprema del País, el Estado mexicano debe velar por el cumplimiento de los instrumentos internacionales que suscribe y ratifica en materia de derecho internacional, como ejemplo, los derechos sexuales y reproductivos que se encuentran consagrados en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, conocida como Conferencia de El Cairo, en el capítulo VII, relativo a los derechos humanos en cita.

Es importante regular en contexto a la maternidad subrogada sin determinar si se trata de hombres o mujeres, nacionalidades o edades, teniendo como atención principal, tomar en cuenta el principio constitucional de igualdad, sin condicionar el sexo a ninguna de las personas solicitantes que intervienen en un procedimiento de maternidad subrogada.

A lo largo de este artículo se ha comprobado la hipótesis planteada al inicio de este estudio, pues el ordenamiento jurídico tabasqueño ha regulado el procedimiento de maternidad subrogada destinándola a matrimonios heterosexuales de nacionalidad mexicana con duración mínima de cinco años y que la mujer solicitante certifique tener una edad menor a cuarenta años y presentar problemas de infertilidad o esterilidad. Se podría pensar que el legislador tabasqueño ha regulado pensando en el interés superior de los menores nacidos por estos procedimientos, preservar el principio de la integridad de la persona humana, no violar el orden público y moral, defender la dignidad de las mujeres a fin de evitar que constituyan una forma de comercio humano ilegal y evitar que los niños se conviertan en bienes de consumo, además de prevenir la comercialización de la fertilización in vitro

y de la transferencia de embriones. Sin embargo, tomando como punto de partida el respeto y la inclusión activa de los derechos humanos en nuestro Código Civil en Tabasco, a se observa una regulación vaga, ambigua e improvisada, a consecuencia de la vulneración al derecho a formar una familia ya los derechos reproductivos, este último incluido dentro de la clasificación de derechos humanos considerados de tercera generación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Baqueiro Rojas, E., y Buenrostro Báez, R. (2005). *Derecho de familia*. México: Oxford.
- Brena Sesma, I. (2012). La gestación subrogada ¿Una nueva figura en el Derecho de Familia?, En Brena Sesma, Ingrid, (coord.) *Reproducción Asistida*. México: IIIJ-UNAM.
- Cantoral Domínguez, K. (2012). Derecho de protección de datos personales de la salud. México: Novum-CONACYT.
- Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology. (1984). Warnock Report. Recuperado de http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf
- Covarrubias Dueñas, J. J. (2013). *La sociología jurídica en México*. México: Editorial Porrúa.
- Early Institute. (2015). *Maternidad subrogada en México*. Recuperado de <http://earlyinstitute.org/enfoque-early/maternidad-subrogada-en-mexico/?gclid=CM--676n3c0CFZSMaQoda1UC3A>
- Galicia Pérez, J. E. R., Paz Medina, L. A., y González Hernández, M. (2016). Estudio sobre el panorama mundial de la maternidad subrogada. *Revista Mundo Jurídico UDLA*, 1 (2), 42-54.

- Garibo Peyró, A. P. (2017). El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada. *Cuadernos de Bioética*, 245-259.
- Martínez Pereda, J. M., y Massigoce Benegiu, J. M. (1994). *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*. España: Dykinson.
- ONU. (1968). Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el marco de la Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán en 1968. Recuperado de http://www.tc.gob.pe/portal/servicios/tratados/uni_ddhh/instru_alca_gene2/teheran.pdf
- Pérez Fuentes, G. M. (2016). Retos de la investigación jurídica en los posgrados de calidad: mitos que conspiran en contra, En Pérez Fuentes, G. M. (coord.). *Temas actuales de estudios jurídicos*. México: Tirant Lo Blanch.
- Quintero Velásquez, A. M. (1997). *Trabajo social y procesos familiares*. Argentina: Editorial Lumen Hvmanitas.
- Ruíz Balcázar, M. V. & Váldez Martínez, M. C. (2017). Dilemas sobre la maternidad subrogada en México. *Oñati Socio-legal series*, 7(1), 230-253.
- Sánchez Cordero, O. M. C. (2013). *Sociología general y jurídica*. México: Porrúa.
- Schatke, M. (2016). ¿Concepto(s) de familia en la posmodernidad? *Desarrollo con Soc*, 5(1), 65-78.
- Witker, J. (2008). Hacia una investigación jurídica integrativa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (122), 943-964.